UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LE MINISTÈRE PUBLIC

ENTRE SON PASSÉ ET SON AVENIR

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 28 Juin 1965

PAR

Michèle-Laure RASSAT

Lauréate de la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Paris
Assistant à la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Paris

Membres du Jury
Président : M. R. VOUIN, Professeur.
Suffragants : M. P. RAYNAUD, Professeur.
M. J. IMBERT, Professeur.

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1967

LE MINISTERE PUBLIC
entre son passé et son avenir

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LE MINISTÈRE PUBLIC

ENTRE SON PASSÉ ET SON AVENIR

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 28 Juin 1965

PAR

Michèle-Laure RASSAT

Lauréate de la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Paris
Assistant à la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Paris

Membres du Jury { Président : M. R. VOUIN, Professeur.
Suffragants : M. P. RAYNAUD, Professeur.
M. J. IMBERT, Professeur.

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1967

PRINCIPALES ABREVIATIONS

B.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle, Paris.
C. Civ.	Code civil.
C.I.C.	Code d'instruction criminelle.
C.P.	Code pénal.
C.P.Civ.	Code de procédure civile.
C.P.P.	Code de procédure pénale.
D.	Recueil Dalloz (D.P., Recueil périodique ; D.H., Recueil hebdomadaire), Paris.
Et. citée.	Etude citée.
G.P.	Gazette du palais, Paris.
J.C.P.	Juris-classeur Périodique, Paris.
J.O.	Journal officiel.
J.T.	Journal des tribunaux, Bruxelles.
Ouv. cité.	Ouvrage cité.
Rev. Crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence, Paris, 1851-1938.
Rev. Crit. D.I.P.	Revue critique de droit international privé, Paris.
Rev. Dt Pén.	Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles.
Rev. Dt Pub.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris.
Rev. Hist. Dt	Revue historique du droit français et étranger, Paris.
Rev. Int. Dt Comp.	Revue internationale de droit comparé, Paris.
Rev. Int. Dt Pén.	Revue internationale de droit pénal, Paris.
Rev. Pén. Suisse	Revue pénale suisse, Berne.
Rev. Pénit.	Revue pénitentiaire et de droit pénal, Paris.
R.S.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris.
R.T.D.Civ.	Revue trimestrielle de droit civil, Paris.
S.	Recueil Sirey, Paris.
V.	Voir.
V°	Verbo.

INTRODUCTION

N° 1. — « Les attributions du ministère public, bien comprises, sont les plus belles qui existent » (1). Peut-être, mais qu'il est difficile de les bien comprendre... Il n'est pas de travail consacré au ministère public qui ne commence par reproduire l'affirmation célèbre de Montesquieu, selon laquelle : « Nous avons aujourd'hui une loi admirable, c'est celle qui veut que le Prince établi pour faire exécuter les lois prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre en son nom tous les crimes, de telle sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous » (2).

L'idée n'était pas nouvelle et bien avant Montesquieu, un autre magistrat avait écrit, en une langue peut-être plus jolie, qu' : « Il a esté sagement et humainement faict d'avoir subrogé le procureur général du Roy, au lieu de ceux, lesquels en l'estat populaire se melloient d'accuser autruy sans interest particulier qu'il eussent. Ça esté apporter une grande douceur à la société humaine, que de remettre à une personne seule ce qui est simplement du public » (3). La formule de Montesquieu n'est pas non plus totalement exacte, car elle ne vise qu'une partie des attributions du ministère public, celle qu'il exerce en matière répressive lorsqu'il met l'action publique en mouvement, et Montesquieu, publiciste plus que juriste, rejoint ici la vision populaire pour qui l'officier du ministère public est l'homme qui porte « la robe rouge » et joue avec « la tête des autres », c'est-à-dire un magistrat qui a pour tâche d'obtenir, dans le procès pénal, la condamnation de la personne poursuivie. La remarque de Montesquieu a néanmoins l'avantage de mettre en lumière ce qu'il y a d'essentiel et d'indiscutable dans le ministère public de droit commun parce que c'est le but même de l'institution : son rôle de partie à l'action en justice.

---

(1) De Molènes, Traité pratique des fonctions du procureur du Roi, 1848, t. 1, p. 1.

(2) De l'esprit des lois, 1748, L. VI, chap. VIII.

(3) La Roche-Flavin, Treize livres des parlements de France, 1617, L. II, chap. VII, n° XV.

N° 2. — Parmi les attribution judiciaires du ministère public, ses fonctions en matière répressive viennent, il est vrai, au premier rang, car, si l'affirmation de Montesquieu est simpliste, elle n'est pas erronée et il serait vain de nier qu'à l'époque contemporaine :

> « Le ministère public a pour fonction principale de rechercher et de poursuivre les auteurs des délits, c'est-à-dire de jouer le rôle d'accusateur dans le procès pénal » (4).

Mais le mot « accusateur » ne doit pas être entendu ici dans son sens banal, qui semble être celui de Montesquieu, et qui confond volontiers l'accusation et la dénonciation. Accuser, ce n'est pas se borner à faire en justice une déclaration contre quelqu'un pour provoquer une poursuite, c'est assumer personnellement la charge du procès pénal. Tel est bien le rôle du ministère public au criminel et ses fonctions dans ce domaine sont déjà multiples et variées. Ainsi que l'exprime clairement l'article 31 du Code de procédure pénale, dans une formule nouvelle :

> « Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi ».

Pour cela, il suit l'affaire pénale de bout en bout, dirigeant les activités de la police judiciaire à la recherche des infractions (art. 41 C.P.P.), mettant en mouvement et exerçant l'action publique (art. 31 C.P.P.), saisissant à cet effet les juridictions d'instruction et de jugement compétentes pour connaître de chaque affaire (art. 80, 388, 531 C.P.P.), influant, par ses réquisitions écrites et orales, sur la décision de ces juridictions aux débats desquelles il assiste (art. 82, 313, 458, 536 C.P.P.), formant une voie de recours contre tout jugement ou arrêt qui lui paraît devoir être réformé ou annulé (art. 185, 497, 546, 567 C.P.P.), exécutant toutes les décisions des juridictions répressives même celles qui ne lui sont pas favorables (art. 32 C.P.P.). En termes plus élégants sinon plus précis :

> « On dirait que le législateur l'a mise (l'accusation judiciaire) sous la garde du ministère public. Depuis son origine jusqu'à son terme, il assiste à chacun de ses actes. Son action la fait naître, lui donne l'impulsion, l'accélère, l'éclaire, la soutient, la dirige, lui imprime un caractère, la vivifie de son esprit, l'anime de sa pensée, la conduit jusqu'au jugement définitif, la régularise enfin » (5).

N° 3. — Mais les fonctions judiciaires du ministère public ne se limitent pas au domaine criminel. D'importantes fonctions lui sont aussi confiées en matière civile. Dans l'un et l'autre cas, en effet, il représente l'ordre public, d'une façon, il est vrai, bien différente. Dans le procès pénal, le ministère public est toujours partie principale et nécessaire. Il a toujours qualité pour mettre en mouvement et exercer l'action publique, il est généralement le seul à le faire et son rôle est toujours le même. Il en va différemment en matière civile.

---

(4) Garraud, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, 1907, t. 1, n° 78.

(5) Robillard, Considérations sur l'institution du ministère public dans le système de l'accusation judiciaire, 1821, p. 76.

On voit mal, à première vue, comment le ministère public peut être intéressé par un procès civil, qui a pour but unique de trancher un litige d'intérêt privé. Mais c'est là une vision superficielle des choses. Un litige, même privé, peut toujours, d'une part, soulever une question dont la solution intéresse spécialement l'ordre public, par exemple une question de nationalité ; il est, d'autre part, de l'intérêt général auquel doit veiller le ministère public, que la loi soit exactement appliquée.

De ces deux dangers : atteinte à l'ordre public, mauvaise application de la loi, le premier est, certes, le plus redoutable, mais aussi le moins fréquent. Il convenait donc d'accorder dans ce cas au ministère public, un rôle plus important mais aussi plus nettement délimité, afin d'éviter une ingérence abusive dans les affaires privées. Au contraire et lorsqu'il s'agit de veiller à l'application de la loi, le ministère public peut toujours intervenir pour faire connaître l'interprétation qu'il estime exacte.

Lorsque l'ordre public est principalement intéressé, le ministère public agit par voie d'action, en principe dans les cas spécifiés par la loi (6), soit en son nom propre, soit comme mandataire forcé de certaines administrations. Il est alors partie principale, soit en demande soit en défense (7), ses droits et ses obligations sont ceux d'une partie ordinaire tandis que son rôle, au moins lorsqu'il est demandeur, est à peu près celui qu'il occupe dans le procès pénal. Mais lorsque l'action du ministère public est justifiée par le souci du respect de la loi, il intervient, par voie de réquisitions, toutes les fois qu'il croit son ministère nécessaire. On dit, pour distinguer cette situation de la précédente, qu'il est « partie jointe », mais c'est un abus de langage, car il ne se joint à personne, n'appuie et ne combat personne. Il se borne à faire connaître son sentiment sur l'application des textes de loi aux faits de la cause :

> « Sa mission est d'éclairer les juges, de faire entendre après les plaidoiries contradictoires des parties adverses une voix impartiale et désintéressée. Il examine les circonstances de la cause ainsi que les questions de droit qui s'y trouvent engagées, et donne son avis, ses conclusions, en faveur de celle des parties dont les prétentions lui paraissent fondées. On pourrait donc, dans ce cas, comparer le ministère public à une autorité consultative et son réquisitoire à un rapport » (8).

N° 4. — Ce rôle purement consultatif est généralement, aussi, celui du ministère public près la Cour de cassation. Hormis les cas exceptionnels où le procureur général près la Cour de cassation saisit la cour (art. 620, 622, 665, 681 C.P.P.), et où, par conséquent, il joue le rôle de partie principale à l'instance, le procureur général près la Cour de cassation n'a pas, devant la cour suprême, l'exercice de l'action publique, mais il a des fonctions particulières qui le distinguent des autres officiers du ministère public et le font figurer comme partie jointe dans toutes les

(6) V. ci-dessous, n° 8.
(7) V. par exemple, les articles 128 et 130 de l'ordonnance du 19 octobre 1945, portant Code de la nationalité.
(8) Alglave, Droit d'action du ministère public en matière civile dans l'intérêt de l'ordre public. Thèse, Paris, 1868, p. 1.

instances. Les conclusions du ministère public sont, en effet, toujours nécessaires dans toutes les affaires, tant civiles que criminelles, portées devant la Cour de cassation par les parties au procès civil, ou le condamné, le ministère public ou la partie civile en matière répressive.

N° 5. — Tout cela paraît assez simple, très normal et bien peu discutable, en dehors, peut-être, du point de savoir si le ministère public doit être, dans l'action en justice, une partie privilégiée, bénéficiant de prérogatives supérieures à celles reconnues aux autres personnes en cause, ou une partie normale avec des droits et des obligations identiques à ceux des autres parties (9).

Mais les attributions du ministère public ne sont pas limitées à son rôle de partie publique et l'organisation de l'institution suscite bien d'autres problèmes.

N° 6. — On peut lire dans les traités et manuels de procédure pénale et de procédure civile que, le ministère public, né providentiellement au XIV^e siècle, est exercé par des magistrats que leur statut et leurs attributions rapprochent des fonctionnaires, qui appartiennent à la justice pénale et à la justice civile, dont le rôle essentiel est de se porter partie dans le procès pénal ou civil pour y défendre l'ordre public qu'ils représentent, mais qui, en outre, « sont chargés de défendre en justice les intérêts de l'état, du gouvernement, de l'ordre public ; de se joindre à la défense des personnes morales et des individus qui ne peuvent pas se défendre eux-mêmes ou qui, à cause de leur faiblesse ne se défendraient que mal ; de veiller à l'exécution des lois, des arrêts et jugements ; de surveiller différents fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions ; de servir d'intermédiaire entre le gouvernement et les différentes autorités judiciaires ; de poursuivre d'office les contraventions, les délits et les crimes qui pourraient troubler l'harmonie sociale ; d'appeler sur eux l'attention des juges et la vengeance des lois et de faire exécuter les condamnations prononcées contre les délinquants au criminels » (10).

Voilà qui est surprenant, et comment comprendre qu'un même homme puisse être à la fois fonctionnaire et magistrat, si l'on admet que le fonctionnaire est essentiellement soumis et le magistrat nécessairement indépendant et impartial ? Et pourquoi, encore, confier à un même officier cette fastidieuse liste d'activités sans liens apparents entre elles ? Telle paraît bien être pourtant la situation et rien n'est clair de ce qui touche au ministère public, la complexité étant, d'ailleurs, si l'on en croit Merlin, la source première du nom que l'on attribue à cette institution (11).

---

(9) V. ci-dessous, n° 8.

(10) Schenck, Traité sur le ministère public et de ses fonctions dans les affaires civiles, criminelles, correctionnelles et de simple police, 1813, t. 1, p. 1.

(11) Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5^e éd., 1827, v° Gens du Roi :

« La fonction des gens du Roi n'est pas seulement de défendre les intérêts du Roi mais aussi de veiller à tout ce qui intéresse l'église, les hôpitaux, les communautés, les mineurs et, en général à tout ce qui concerne la police et le public, c'est pourquoi on les désigne quelquefois sous le titre de ministère public ».

N° 7. — Si la doctrine n'a pas été totalement insensible à cette complexité du ministère public, on ne peut pas dire qu'elle se soit jamais non plus, longuement interrogée sur le fondement même de cette institution et de sa conception traditionnelle.

1° La quasi-totalité de l'abondante littérature consacrée au ministère public est composée d'ouvrages pratiques conçus par des membres du ministère public et principalement destinés à guider leurs jeunes collègues dans l'accomplissement de leurs travaux journaliers (12).

2° Ces ouvrages pratiques exceptés, et en dehors de quelques optimistes affirmant que « l'institution... a un caractère simple et un rôle parfaitement déterminé », pour ajouter aussitôt que « (le ministère public) ne se confond ni avec l'administration ni avec la magistrature qui délibère et qui juge » (13), ce qui peut tout de même faire naître quelques doutes sur son caractère « simple » et « déterminé », la grande majorité des auteurs classiques écrivent, à propos du ministère public qu'il exerce une magistrature « spéciale » (14) ou « particulière » (15) mais ils ne poussent pas plus loin leurs investigations, nous laissant ignorer ce qui pourrait justifier cette spécificité ou ce particularisme.

N° 8. — Deux questions de détail seulement ont, semble-t-il, fortement agité la doctrine.

1° En matière civile, les auteurs se sont divisés sur le point de savoir si l'énumération donnée par les différents textes de loi des cas dans lesquels le ministère public peut se porter partie principale dans le procès civil est ou non limitative (16), toute la discussion reposant sur l'interprétation de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 ainsi conçu :

> « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi.
>
> « Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, il poursuit cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ».

---

(12) Schenck, ouv. cité, 1813, 2 vol. ; — Ortolan et Ledeau, Le ministère public en France, traité et code de son organisation, de sa compétence et de ses fonctions dans l'ordre politique, judiciaire et administratif, 1821, 2 vol. ; — Faure, Répertoire administratif des parquets, 1843, 2 vol. ; — De Molènes, ouv. cité, 1848, 2 vol. ; — Dutruc, Mémorial du ministère public ou répertoire alphabétique et abrégé de jurisprudence, de doctrine, de législation, d'instructions ministérielles et de documents divers concernant les attributions administratives et judiciaires du ministère public, 1871, 2 vol. ; — Leloir, Code des parquets, 1889, 2 vol. ; — Vallet et Montagnon, Manuel des magistrats du parquet et des officiers de police judiciaire, 1890, 3 vol. ; — Massabiau, Manuel du ministère public près les cours et les tribunaux civiles, correctionnels et de police, 5e éd. 1901, par Mesnard, 3 vol. ; — Billaud, Guide du juge de paix et du ministère public à l'audience de simple police, 1911 ; — Goyet, Le ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique, 3e éd. 1953, par M. Rousselet et Patin ; — Le Poittevin, Dictionnaire formulaire des parquets et de la police judiciaire, 7e et 8e éd. 1950-1955, par A. Besson, R. Combaldieu et J. Siméon, 5 vol.

(13) Thézard, Le ministère public, 1867, p. 30.

(14) Bonnier, Eléments d'organisation judiciaire, 1853, p. 133 ; — Goyet, ouv. cité, p. 1 ; — H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, 1961, t. 1, n° 846.

(15) Merlin, Répertoire cité, v° Ministère public.

(16) Garsonnet et César-Bru, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, 3e éd., 1912, t. 1, nos 206 et s. ; — Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de

Les discussions ne sont pas encore closes, d'ailleurs, malgré la prise de position très ferme de la jurisprudence en faveur de la conception extensive (17).

2° En matière répressive, cette fois, et d'une façon plus discrète, on a craint : « qu'un ministère public aussi fortement constitué que le nôtre et entièrement soumis comme lui au pouvoir exécutif, ne soit au point de vue politique, une arme trop puissante dans les mains d'un gouvernement, et, au point de vue judiciaire, qu'il ne détruise l'égalité entre l'accusation et la défense que les pays libres considèrent comme le principe essentiel de la procédure criminelle » (18). On peut, en effet, redouter que leur dignité ne confère aux officiers du ministère public des pouvoirs supérieurs, d'une part, à ceux de la personne poursuivie, qui a le droit élémentaire de se défendre, et, d'autre part, à ceux de la victime d'une infraction dont on a toujours considéré qu'elle avait le pouvoir d'en provoquer la punition pour en obtenir la réparation. Mais la plupart des travaux consacrés à cette question se caractérisent par un propos délibéré de critique outrancière, et leur manque de sérénité permet d'émettre les plus vives réserves quant à leur valeur juridique (19).

N° 9. — Un seul auteur, à notre connaissance, s'est attaché à étudier de près et dans son ensemble la situation du ministère public (20). Mais à l'issue d'une étude purement analytique qui est, certes, du plus haut intérêt pour éclairer les problèmes, il se borne à conclure que : « celui qui est fonctionnaire et juge, juge et partie, ne se maintiendra pas sans un art très subtil à la hauteur de son rôle. Mais après avoir enregistré les contradictions qui définissent sa nature, nous pouvons garder notre confiance à ce ministère public qui, repris des institutions de

---

procédure civile, 3e éd., 1925, t. 1, n° 112 ; — R. Japiot, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3e éd., 1935, nos 241 et s. ; — R. Morel, Traité élémentaire de procédure civile, 2e éd., 1949, n° 161 ; — G. Cornu et J. Foyer, Procédure civile, 1958, p. 329 et s. ; — H. Solus et R. Perrot, ouv. cité, t. 1, nos 879 et s. ; — P. Cuche et J. Vincent, Précis de procédure civile, 13e éd., 1963, nos 165 et s. ; — Alglave, Thèse citée, 1868 ; — Alglave, Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile, 2e éd., 1874, 2 vol. ; — Debacq, De l'action du ministère public en matière civile, 1867 ; — La fontaine, Du droit d'action du ministère public en matière civile, *Rev. Crit.*, 1862, 385 ; — Périer, Du ministère public à l'audience civile, *Rev. Crit.*, 1865, 494, et 1866, 59 ; — J. Vincent, La procédure civile et l'ordre public, dans Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, 1961, t. 2, p. 304.

(17) V. pour le dernier exposé de l'une et l'autre thèses : H. Solus, La jurisprudence contemporaine et le droit du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public, dans Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant, 1937, p. 769 ; — H. Bekaert, La mission du ministère public en droit privé, dans Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, 1963, t. 2, p. 419.

(18) Garsonnet et César-Bru, ouv. cité, t. 1, n° 177.

(19) A. Mellor, Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle, 1952.

(20) R. Vouin, Le ministère public dans l'exercice de sa « magistrature particulière » en matière répressive, *J.T.*, 1953, 81.

V. aussi, cependant : — Roullet, De l'institution et des fonctions du ministère public, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Grenoble, le 3 novembre 1883 ; — R. Hayoit de Termicourt, Propos sur le ministère public, discours de rentrée à la Cour d'appel de Bruxelles, le 15 septembre 1935, *Rev. Dt Pén.*, 1935-1936, 961 ; — M. Rolland, Le ministère public en droit français, *J.C.P.*, 1956, I, 1271 et 1281.

l'ancien régime par la tradition napoléonnienne, sait rester paré du prestige acquis par la fidélité à cette tradition ». Cette conclusion est à la fois décevante et révélatrice. Elle est décevante, car le rôle du juriste ne paraît pas être d'« enregistrer les contradictions » sans chercher à les faire disparaître ni de se résigner devant les difficultés parce qu'elles sont aussi vieilles que l'institution qui les suscite. Elle est révélatrice, parce qu'elle fournit une image exacte de la position doctrinale, en même temps qu'elle permet d'en comprendre le sens.

Convaincue que le ministère public moderne est le continuateur du ministère public d'ancien régime, la doctrine s'est crue dispensée, par là même, de rechercher le fondement d'une institution dont le bien fondé était manifesté par la permanence de la tradition. Mais encore faut-il, pour approuver cette attitude, posséder la certitude de cette permanence et cela n'est pas facile, l'origine du ministère public n'étant pas, de tous les problèmes que suscite cette institution, le plus évident à résoudre.

Le moment est peut-être venu, après avoir réfuté l'argument historique et par conséquent la position traditionnelle de la doctrine, de s'interroger sur l'institution et la fonction d'un ministère public, dont un nouveau Code de procédure pénale éclaire, d'un jour nouveau, les problèmes.

Section I. — LE MINISTERE PUBLIC ET SON PASSE

N° 10. — A lire Montesquieu : « Nous avons, *aujourd'hui*, une loi admirable... », il semblerait que l'existence du ministère public fût l'apanage des peuples modernes. Cette conception n'a cependant pas été admise sans discussions, et la doctrine s'est plu, pendant les trois premiers quarts du XIX^e^ siècle, à rechercher très loin l'origine du ministère public.

1° Bien des origines empruntées au droit romain, grec ou même persan ont été dénoncées. Pourtant, c'est à cinq institutions du droit romain que se sont arrêtés la majorité des auteurs : les censeurs, surveillants généraux de la moralité romaine ; les défenseurs des cités, créés pour dénoncer à l'empereur les exactions de ses fonctionnaires ; les irénarques, officiers de police ; les présidents des questions perpétuelles ; enfin, les procureurs des césars, institués par l'empereur pour gérer ses domaines.

N° 11. — *a*) On a pu, d'abord, remarquer que : « La charge desquels avocats et procureurs généraux se rapporte en quelque sorte à celle des censeurs des romains » (21) et il est certain que les censeurs sont, dans l'ordre chronologique, les premiers magistrats qui aient reçu mission de « rechercher le vice pour le punir » (22).

(21) La Roche-Flavin, ouv. cité, L. II, chap VII, n° XIV.
(22) Léve, De l'action publique, son origine, son caractère. Thèse, Caen, 1868, p. 37.

Créés à une date dont la détermination présente certaines difficultés pour les historiens (23), mais que l'on peut fixer aux environs de 435 av. J.-C., les censeurs avaient pour fonction de principe de répartir les citoyens dans les différentes classes et de dresser les listes de sénateurs et de chevaliers. Ils profitèrent de leurs attributions pour scruter la vie entière des citoyens et y déceler ce qu'il pouvait y avoir de répréhensible (24). Parfois les censeurs condamnaient à une amende ceux qui leur semblaient indignes de la position qu'ils occupaient, mais, le plus souvent, ils se bornaient à la sanction purement morale, mais très efficace socialement, de la note d'infamie (25).

Certes, la position des censeurs, en tant qu'ils dénoncent l'incurie ou les mœurs dissolues d'un citoyen n'est pas très éloignée de celle du ministère public, mais il ne faut pas perdre de vue que l'action des censeurs était totalement étrangère au domaine judiciaire. Ils étaient à la fois accusateurs et juges, alors que le ministère public est partie poursuivante à une action en justice. De plus, les censeurs s'érigeaient en juges d'une vie entière, alors que le ministère public se borne à poursuivre un fait précis, prévu et puni par une loi déterminée.

N° 12. — *b*) Vers le milieu du IV^e^ siècle, une loi des empereurs Valens et Valentinien permit aux cités de se choisir des défenseurs :

> « Pour des raisons d'utilité, nous ordonnons que toute la plèbe du diocèse d'Illyrie soit défendue par des patrons contre les injustices des puissants » (26).

Ces *defensores civitatis* dont le mode de désignation varia à plusieurs reprises furent le plus souvent élus à un suffrage restreint par les notables de la ville. Ils avaient essentiellement pour fonction de protéger les classes inférieures contre les abus des fonctionnaires impériaux et des agents municipaux, mais aussi d'assurer d'une manière générale la protection de l'ordre public (27). Il en résulte que « leur pouvoir devait être plutôt de protection que d'action » (28).

Chargés de faire arrêter les malfaiteurs et de les faire conduire devant le lieutenant impérial, il est probable « qu'avant cette translation, ils devaient procéder à l'enquête, à des perquisitions, à la réunion des preuves, et que leurs procès-verbaux accompagnaient les accusés » (29). Mais leurs pouvoirs cessaient dès que la juridiction était saisie et ils n'avaient, par conséquent, aucune des attributions judiciaires du ministère public. Plus tard, il est vrai, une constitution d'Arcadius et Honorius fera une distinction entre les délits, selon leur gravité, pour ne laisser

---

(23) G. Piéri, Les censeurs, contribution à l'histoire du recensement romain des origines à Auguste. Thèse dactylographiée, Paris, 1965, p. 1 et s.

(24) G. Piéri, thèse citée, p. 112 et s.

(25) L. Pommeray, Etudes sur l'infamie en droit romain, 1937.

(26) Constitution impériale du 27 avril 368 adressée par Valens et Valentinien à Probus, préfet d'Italie.

(27) R. Ganghoffer, L'évolution des institutions municipales en Occident et en Orient au Bas-Empire, 1963, p. 162 et s.; — Chenon, Etude historique sur le *defensor civitatis*, *Rev. Hist. Dt*, 1889, 321.

(28) Faustin Hélie, Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle, 2^e^ éd., 1866, t. 1, n° 77.

(29) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 77.

au tribunal du gouverneur que le jugement des plus graves d'entre eux et accorder aux défenseurs des cités le jugement des autres. Mais cette modification n'est pas pour les rapprocher de notre ministère public. De plus et surtout, cette institution fut de courte durée.

En Occident, les défenseurs des cités ne manquèrent pas de s'attirer la haine des fonctionnaires qu'ils devaient surveiller. Un siècle après leur création, ils sont totalement asservis à ces fonctionnaires et se tiennent dans l'inaction la plus complète (30). En Orient, les *defensores* cherchent à se soustraire à des fonctions qu'ils jugent trop lourdes alors que l'empereur, qui interdit les démissions, punit les déserteurs de peines exorbitantes (31). La novelle XV de Justinien atteste la décadence com plète de cette magistrature.

N° 13. — *c*) On a pu aussi voir l'origine du ministère public, dans certains officiers romains chargés, au sens strict, en quelque sorte matériellement, du maintien de l'ordre public : les irénarques, *curiosi, stationarii* ou *frumentarii.* Il est certain que ces officiers avaient des attributions de police, qu'ils devaient exercer une surveillance et signaler aux autorités supérieures les méfaits qu'ils pouvaient constater. Les *frumentarii* couraient à la recherche des crimes « comme les soldats à la maraude » (32) ; les *curiosi* parcouraient sans cesse les provinces, pour signaler à l'empereur les abus qu'ils découvraient ; « les *stationarii* remplissaient sans doute les mêmes fonctions à poste fixe » (33) ; quant aux irénarques, il semble qu'ils étaient les supérieurs hiérarchiques des *curiosi* et *stationarii,* mais cela n'est pas admis par tous et certains croient plutôt à une concurrence entre eux (34). Il importe, en effet, de remarquer que nous ne savons que peu de choses de cette institution et qu'elle reste pour le moins vague, aussi bien quant à l'étendue des pouvoirs attribués à ces officiers, que quant à leur importance. Certes, Faustin Hélie croit que les *curiosi* devaient se borner à dénoncer aux tribunaux les crimes dont la connaissance leur venait et qu'ils ne pouvaient rien de plus, en particulier qu'ils ne pouvaient ordonner l'arrestation des prévenus (35) ; mais d'autres auteurs affirment qu'ils pouvaient non seulement arrêter les coupables mais aussi recueillir les preuves de leur culpabilité et faire l'instruction de l'affaire (36). La même incertitude règne quant à leur position dans l'empire. Pour les uns, ce sont des magistrats inférieurs, des agents subalternes (37), pour d'autres, des magistrats « puissants, honorés et investis d'une grande confiance de la part de la loi » (38). Tout cela semble bien flou pour qu'on puisse en tirer une conséquence quelconque quant à l'origine du ministère public.

---

(30) R. Ganghoffer, thèse citée, p. 167.
(31) R. Ganghoffer, thèse citée, p. 170.
(32) Pluyette, Du ministère public, thèse, Rennes, 1877, p. 40.
(33) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 78.
(34) Périer, ét. citée, *Rev. Crit.,* 1865, 494 ; 1866, 55.
(35) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 78.
(36) Pluyette, thèse citée, p. 40 ; Léve, thèse citée, p. 55.
(37) de Bauffres, Etude de la mise en mouvement de l'action publique depuis l'antiquité jusqu'à nos jours, thèse, Toulouse, 1895, p. 106.
(38) Robillard, ouv. cité, p. 42.

N° 14. — *d*) La dernière loi de la neuvième table avait créé des questeurs chargés à l'origine de la perception des amendes et de la garde du trésor, mais aussi de poursuivre tous les crimes désignés sous le nom générique de parricides, c'est-à-dire tous les homicides. Plus tard, lorsqu'on institua les questions perpétuelles, tribunaux permanents, la question des parricides (homicides) fut présidée par un questeur en qui certains ont cru voir l'ancêtre de notre ministère public.

On a, en effet, beaucoup écrit sur ce président des questions à une certaine époque. Faustin Hélie affirme qu'« il examinait les accusations, vérifiait si elles rentraient dans le cercle de sa compétence et déniait ou accordait l'accusation suivant les cas ; il choisissait le juge au moins dans les premiers temps, formait le tribunal, présidait les débats et prononçait le jugement » (39). Laboulaye prétend qu'il avait la police de l'audience, la suspendait ou la renvoyait au jour suivant (40). Mais c'est surtout Delpon qui, s'appuyant sur l'étymologie de *quærere* (rechercher) et de *quæstio* (connaissance), voit dans le président de la question une espèce de juge enquêteur, chargé de rechercher les délinquants, voire de recueillir les preuves, résumer les faits, donner son opinion, bref, agir comme partie poursuivante à l'égard de tous les coupables et surtout d'intenter des poursuites d'office (41).

Aucune de ces affirmations n'était exacte car nous ne possédons sur les questions aucun texte précis, ceux sur lesquels s'appuie Delpon étant en réalité sans rapport avec le problème envisagé (42). De plus, et en admettant même que le président des questions ait eu le droit de poursuivre d'office certaines infractions, cela ne suffirait pas pour qu'on puisse voir en lui, *ipso facto*, la lointaine origine du ministère public. Nous l'avons dit, en effet, le droit de mettre en mouvement l'action publique n'est qu'une des fonctions du ministère public moderne et si elle est importante, elle n'efface pas toutes les autres. L'origine du droit de poursuivre d'office ne doit certainement pas être confondue avec l'origine du ministère public. Surtout, il est évident que les crimes et principalement les crimes de sang dont devait connaître la question des parricides, apportent un trouble important à toute organisation sociale, quelle qu'elle soit. Il est donc normal que tous ceux qui, dans cette société exercent à un titre quelconque une autorité, et en particulier les juges, soient amenés, au moins à titre supplétif, à poursuivre d'office les fauteurs de trouble. On pourra toujours nous citer, dans toutes les législations antiques, des exemples de poursuites d'office sans que cela signifie que le ministère public tel que nous l'entendons est d'origine persanne, athénienne ou romaine.

---

(39) Ouv. cité, t. 1, n° 33.

(40) Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats, 1845, p. 326 ; — V. aussi, Tessier, Des origines du ministère public, thèse, Caen, 1868, p. 23.

(41) Essai sur l'histoire de l'action publique et du ministère public, 1830, 2 vol.

(42) Fragment 7, § 1, titre XVI, du livre 48 et fragment 22, titre XVIII, du livre 48.

N° 15. — *e*) La théorie la plus souvent défendue, parmi les auteurs qui cherchent dans le droit romain l'origine du ministère public, est celle qui trouve le germe de cette institution dans les *procuratores cæsaris* établis par Auguste, sur le modèle de ceux qui agissent dans le privé (43), pour la gestion des domaines impériaux et la perception des recettes. Pour La Roche Flavin cette origine semble ne faire aucun doute lorsqu'il écrit : « Anciennement à Rome, ces officiers qu'ils appeloient procureur et advocat fiscal... » (44).

Ces officiers, simples intendants lors de leur création, virent leurs attributions changer de nature lors de la création du mot « fisc », alors que les empereurs s'attribuèrent, entre autres profits, la confiscation des biens des citoyens condamnés. Ils devenaient dès lors intéressés aux poursuites criminelles. Mais, leurs attributions devaient une nouvelle fois changer lorsque Claude leur donna le jugement des affaires fiscales, opposant l'empereur °et les citoyens, concuremment avec les propréteurs et les proconsuls. D'abord juge et partie, ils furent réduits à la première qualité quand fut créé, on ne sait sous quel empereur, un avocat du fisc, qui devait intervenir à peine de nullité, dans toutes les causes où il s'agissait du domaine de l'empereur.

On voit difficilement les liens qui pourraient unir le procureur des césars et l'avocat du fisc au ministère public. Le premier est avant tout un chargé d'affaires, puis un juge ; le second, est, certes, partie, chargé de défendre les intérêts du trésor impérial, mais on ne voit pas qu'ils aient jamais eu ni l'un ni l'autre pour rôle de rechercher et de poursuivre les criminels. On peut s'étonner, dès lors, du crédit de cette analogie qui a toujours été examinée avec quelque intérêt, même par ceux qui finissent par la repousser. C'est sans doute, parce que les procurateurs des césars ne sont pas sans rapport avec les *saïons*, officiers francs, en qui nous croyons trouver l'origine des procureurs d'ancien régime, que cette théorie a eu autant de succès. Mais il n'y a là qu'une erreur supplémentaire, car il n'y a aucun rapport de filiation entre les procurateurs des césars romains et les *saïons* germaniques.

N° 16. — Ces différentes hypothèses émises à propos de l'origine du ministère public ne méritent d'être rappelées que pour mémoire puisque nous avons dit qu'elles sont pratiquement rejetées par la doctrine entière. En examinant une à une, chacune des principales hypothèses qui ont pu être présentées quant à l'origine romaine du ministère public, nous avons montré qu'aucune ne présente une institution réunissant toutes les attributions qui appartiennent aujourd'hui au ministère public.

Il serait vain, pourtant, de dissimuler qu'elles ont toutes une part de vérité : les censeurs et les défenseurs des cités ont certains aspects de partie poursuivante ; les irénarques pourraient être les ancêtres des représentants du ministère public, officier de police judiciaire ; les présidents des questions ont peut-être eu des pouvoirs que le ministère public moderne exerce en matière d'instruction préparatoire ; enfin, les procu-

(43) G. Le Bras, L'évolution générale du procurateur en droit privé romain des origines au IIIe siècle, thèse, Paris, 1922.
(44) Ouv. cité, l. II, chap. VII, n° XIX.

reurs des césars et les avocats du fisc répondent aux fonctions du ministère public, administrateur.

Il est certain, en effet, qu'à l'exception de la fonction d'accusateur public, au sens plein du terme, qui suppose, pour être admise, qu'on considère la collectivité comme une personne morale individuellement blessée par un délit commis par un individu au préjudice d'un autre individu, conception qui requiert un degré de maturité juridique jamais atteint par les romains, toutes les autres attributions du ministère public moderne se retrouvent dans les institutions romaines :

> « Il paraît étrange que le peuple qui imagina de se donner un censeur, ne conçut pas l'idée d'un accusateur public qui en était si proche. Mais, c'est là l'unique fonction de notre ministère public qui n'ait pas eu lieu dans les gouvernements anciens. La censure publique était plus étendue, beaucoup plus puissante chez les Romains qu'elle ne l'est chez nous... ils donnaient des avocats et des tuteurs aux veuves, aux orphelins, aux interdits, aux pauvres ; et ces avocats étaient récompensés des deniers publics. Toutes les corporations avaient leurs protecteurs qui les défendaient devant les tribunaux, le fisc avait ses défenseurs... » (45).

A défaut d'origine romaine du ministère public, peut-on parler alors d'origine romaine des différentes attributions du ministère public ? Nous ne le croyons pas davantage et cela pour deux raisons. La première est qu'il n'y a pas de continuité entre les institutions judiciaires romaines et françaises. L'organisation judiciaire et la procédure, spécialement la procédure criminelle sont trop intimement liées à l'organisation politique pour pouvoir survivre malgré le fossé qui sépare, en ce domaine, l'empire romain et la royauté franque puis française. La seconde est que tout ce qui est procédural est nécessairement, au début au moins, empirique, et que les fonctions que nous avons étudiées répondaient à des besoins permanents du corps social :

> « Dans tout système social, dans toute organisation judiciaire un peu avancée, il faut pourvoir d'une manière quelconque à l'administration et à la défense des biens du souverain, s'il existe un souverain qui ait des biens ; aux poursuites contre les crimes, contre les attentats à l'ordre public ; enfin, quoique la nécessité en soit moins sentie, à la protection des personnes qui sont dans l'impossibilité d'agir elles-mêmes » (46).
>
> « Si certaines magistratures de la Grèce et de Rome possédaient quelques-unes des attributions de notre ministère public, c'étaient simplement des analogies issues du même ordre de causes et d'idées et non point le départ de ce qui existe chez nous » (47).

N° 17. — 2° La vérité c'est que l'origine du ministère public ne peut être recherchée au-delà de l'ancien droit et du droit révolutionnaire. C'est ce que fait la doctrine classique qui, à partir de Faustin Hélie (48) et surtout d'Esmein (49), a unanimement admis qu'« il s'agit là d'une institution tout à fait originale du droit judiciaire français, née et

(45) Schenck, ouv. cité, t. 1, p. 5.
(46) Ortolan et Ledeau, ouv. cité, t. 1, p. IX.
(47) Coumoul, Précis historique sur le ministère public, *Rev. Hist. Dt*, 1881, 299.
(48) Ouv. cité, t. 1.
(49) Histoire de la procédure criminelle en France, 1882.

formée en France » (50). Nous pensons, cependant, qu'on ne peut adhérer à l'intégralité de cette théorie traditionnelle.

Depuis la fin du XIX^e siècle, la doctrine, unanime, se plait à souligner que la naissance du ministère public est tardive (51) et qu'elle est d'inspiration purement française (52). Tous les auteurs contemporains adhèrent ainsi à ce qu'on peut appeler la théorie classique de l'origine du ministère public, et cette théorie peut s'énoncer en trois points, relatifs à l'apparition du ministère public, à son développement et à sa continuité.

N° 18. — *a*) Quant à son apparition, tout d'abord, on s'accorde à la fixer au début du XIV^e siècle, mais aussi à reconnaître que sa date et ses conditions en sont vagues. Chez certains cette naissance semble tenir du miracle (53), tandis que d'autres, plus lucides, selon nous, s'arrêtent à une naissance difficile et cahotique :

> « Cette institution... ne surgit pas spontanément en pleine lumière ; loin de là, ses commencements furent longs, pénibles, confus » (54).

Mais tous affirment que le ministère public existait lorsque Philippe le Bel rendit le parlement sédentaire.

N° 19. — Il est certain que les textes et les auteurs du temps ne nous donnent aucune indication relative à l'existence d'un ministère public avant le XIV^e siècle. Certes, Glasson indique que sous le règne de Philippe le Hardi, un texte de 1277 parlait de « gens du Roi » (55) mais cela ne semble pas probant, car l'on trouve le nom de « gens du Roi » dans un grand nombre de lois de cette époque et même de lois antérieures, pour désigner simplement les membres des tribunaux et même les fonctionnaires de l'ordre administratif qui sont tous, *lato sensu*, des « gens du Roi ». Il doit être admis que le premier texte qui vise clairement les procureurs du Roi, est l'ordonnance de Philippe le Bel du 23 mars 1303 qui leur impose le serment des magistrats et leur interdit d'occuper pour d'autres que le Roi. Mais doit-on en conclure que le ministère public n'existait pas auparavant ? La doctrine classique est amenée à adopter certains tempéraments. D'une part, elle affirme que les avocats du Roi devaient exister avant les procureurs, donc avant cette date (56). D'autre part, elle admet que : « le ministère public se révèle d'abord par son action et quand les premières ordonnances s'en occupent, il est déjà en exercice. Ces ordonnances ne le créent pas,

(50) H. Solus et R. Perrot, ouv. cité, t. 1, n° 847.
(51) Esmein, ouv. cité, p. 100.
(52) Garraud, ouv. cité, t. 1, n° 78.
(53) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 238 : « Nous sommes arrivés à l'époque où la justice criminelle vit se développer tout à coup dans son sein un nouvel élément de force et d'action : l'institution du ministère public sortit jeune et vigoureuse du sein des ruines du moyen âge et promit immédiatement à cette justice une puissance qu'elle n'avait jamais eue ».
(54) Bécot, De l'organisation de la justice répressive aux principales époques historiques, 1860, p. 231.
(55) Histoire du droit et des institutions de la France, 1895, t. 6, p. 339.
(56) Merlin, Répertoire cité, v° Ministère public, § 1.

elles l'adoptent et l'organisent » (57), et que : « Philippe le Bel réglemente leurs fonctions en des termes qui portent à croire que l'institution existait déjà depuis assez longtemps » (58). Mais elle ne fait pas pour autant remonter cette origine au-delà de Beaumanoir. Celui-ci se demande, en effet, comment on doit procéder contre ceux qu'on arrête pour crime non flagrant sans que personne ne se porte accusateur et conseille alors aux juges de publier à plusieurs reprises le nom de l'inculpé et la nature du crime qui lui est imputé, dans le but de susciter une accusation en règle dans la population indignée, ce qui peut conduire à penser qu'il n'y avait pas d'accusateur officiel (59).

N° 20. — Des divergences sont aussi à noter en ce qui concerne les causes d'apparition, l'origine, *stricto sensu*, du ministère public. Hors l'hypothèse de l'arbitraire création royale, qui est évidemment la plus simple, mais l'est aussi un peu trop pour être vraisemblable (60), on a trouvé l'origine du ministère public dans le fait que le Roi, cessant de rendre la justice en personne, devait avoir auprès des tribunaux quelqu'un pour le représenter (61) ; dans l'habitude que les rois avaient prise de se porter personnellement accusateur contre les évêques accusés de crimes de lèse-majesté (62) ; dans la multiplication à cette époque des poursuites d'office qui requièrent, pour se dérouler normalement, la présence de quelqu'un qui les dirige (63) ; enfin, dans le développement presque sans limites du pouvoir royal dont les « gens du Roi » sont une émanation : ils seraient sortis de la royauté « comme l'effet de sa cause » (64). Mais une fois de plus, l'accord s'est réalisé sur ce qu'on peut appeler l'origine judiciaire du ministère public que tous les auteurs admettent avec faveur, même lorsqu'ils n'en font pas la source exclusive de cette institution (65) :

> « L'usage s'était introduit avec la procédure écrite, d'autoriser les plaideurs à se faire représenter par un procureur et de confier la défense de leur cause à un avocat... Leurs entreprises en se multipliant furent acceptées comme un usage et l'usage s'imposa comme un droit » (66).

Le Roi, dit-on, comme tout plaideur dut prendre des procureurs et des avocats qui, au début, étaient choisis, pour chaque affaire, parmi

(57) Garraud, ouv. cité, t. 1, n° 42.
(58) Esmein, ouv. cité, p. 100.
(59) Beaumanoir, Coutumes de Beauvaisis, par A. Salmon, 1899, t. 1, chap. XXX, n° 917.
(60) Paringault, De l'adage que tout juge est officier du ministère public et de son application tant dans l'ancien droit que dans le droit actuel, *Rev. Hist. Dt*, 1857, 142 : « Le ministère public n'existait pas encore ; mais le grand niveleur de la féodalité, Philippe le Bel, l'institua en 1315 ».
(61) Ortolan et Ledeau, ouv. cité, t. 1, p. XXVII.
(62) Daguesseau, Œuvres, 1757-1789, t. 5, p. 232.
(63) Henrion de Pansey, De l'autorité judiciaire en France, 3e éd., 1827, t. 1, p. 284.
(64) Bécot, ouv. cité, p. 231.
(65) Brissaud, Manuel d'histoire du droit français, 1904, t. 1, p. 901 ; — Chenon, Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815, 1929, par Olivier-Martin, t. 2, n° 467 ; — Olivier-Martin, Histoire du droit français des origines à la Révolution, 2e tirage, 1951, n° 398 ; — Lepointe, Histoire des institutions et des faits sociaux (987-1875), 1956, p. 307 et 487.
(66) Bécot, ouv. cité, p. 231.

leurs confrères desquels rien ne les distinguait. Plus tard, ils durent renoncer à toute clientèle autre que celle du Roi et ils devinrent ses gens. Après avoir été honorés de la clientèle du Roi, ils devinrent ses « clients ».

N° 21. — *b*) Quant au développement de l'institution du ministère public, la théorie classique enseigne, en s'appuyant sur les textes, qu'il fallut près de deux siècles au ministère public pour atteindre sa forme parfaite, mais qu'à ce moment le ministère public est définitivement constitué et que son organisation comme ses fonctions sont celles que nous lui connaissons aujourd'hui :

> « Avant le XVI[e] siècle, le ministère public était donc entièrement constitué. Il comprenait devant les cours supérieures, le procureur général et les avocats généraux ; devant les autres juridictions les avocats et les procureurs du Roi qui étaient les substituts du procureur général ; devant les juridictions seigneuriales, un procureur fiscal seulement ; dans les officialités, un promoteur. Les parquets des tribunaux inférieurs dépendaient des parquets des cours. Le ministère public près les cours était ordinairement composé de trois ordres d'officiers : un procureur général, des avocats généraux et des substituts » (67).
>
> « A cette époque, les attributions de ses membres étaient sensiblement les mêmes que de nos jours : gardiens de la paix publique, ils jouaient le rôle principal dans le procès pénal où ils se portaient accusateurs, on disait que le ministère public était alors partie principale, dans le procès civil où, comme actuellement, c'étaient les parties qui dirigeaient l'instance, ils n'intervenaient, au contraire, en principe, que comme partie jointe... le ministère public avait encore bien d'autres attributions... toutes ces attributions lui sont presque entièrement restées de nos jours » (68).

N° 22. — *c*) Quant à sa continuité, enfin, qui n'est d'ailleurs qu'un prolongement de l'idée précédente, les adeptes de la théorie classique pensent que le ministère public est resté pratiquement immuable depuis le XVI[e] siècle et que les bouleversements que le droit intermédiaire lui a apportés ne sont qu'un épisode sans importance qui n'a fait qu'effleurer sans l'atteindre cette grande institution :

> « Qu'était devenue l'organisation du ministère public sous la tourmente révolutionnaire ? L'institution n'avait pas été ébranlée et elle en sortit presque intacte » (69).
>
> « Il résulte... de cette discussion (du Code d'instruction criminelle) et des textes de la législation qui en ont été la conséquence directe, que l'institution du ministère public, sauf quelques modifications, principalement relatives à la police judiciaire, est rétablie sur les mêmes fondements que dans notre ancien droit. Notre législation moderne n'a fait que mettre en harmonie avec nos nouvelles juridictions, l'institution antique qu'il réédifiait... il est évident que notre législation n'a fait que reprendre ces anciennes institutions en se bornant à tracer à chacune d'elles de nouvelles limites, sur aucun point elle n'a innové, elle n'a fait que reproduire » (70).

---

(67) Guyot, Etude sur le ministère public en France, thèse, Nancy, 1894, p. 110.
(68) M. Rousselet, Histoire de la magistrature française des origines à nos jours, 1956, t. 1, p. 69.
(69) M. Rousselet, ouv. cité, t. 1, p. 27.
(70) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 482.

N° 23. — Il serait absurde de ne pas reconnaître que la théorie classique contient beaucoup de vérité. Pourtant, si nous croyons que le ministère public est d'origine française et si nous faisons nôtres tous les détails que relève la théorie classique, nous ne l'adoptons pas dans sa construction d'ensemble, car une erreur de base quant à l'apparition du ministère public vicie, selon nous, tout le système, tant en ce qui concerne l'institution même du ministère public que sa fonction judiciaire.

§ 1. — L'ORIGINE DU MINISTERE PUBLIC

N° 24. — Le ministère public ne peut pas exister avant Beaumanoir, nous a-t-on dit, parce que ses écrits attestent qu'il n'y avait pas à son époque de poursuite d'office. Cette référence ne nous paraît pas convaincante, car elle nous permet de dénoncer, une fois de plus, la confusion faite dans la majorité des esprits, entre l'existence du ministère public et le droit de poursuivre d'office. Le texte de Beaumanoir ne signifie pas que, parce qu'il n'y avait pas de poursuite d'office il n'y avait pas de ministère public, mais que, s'il y avait un ministère public, celui-ci ne pouvait pas mettre d'office l'action publique en mouvement. Rien n'empêche, en effet, de concevoir un procureur du Roi qui n'aurait pas eu, à l'origine dans ses attributions, la mise en mouvement de l'action publique et il nous semble que telle est la vérité.

La doctrine classique fait, selon nous, une double erreur lorsqu'elle parle d'origine du « ministère public ». Ce faisant, elle assimile, tout d'abord, dans cette recherche de l'origine, les avocats du Roi aux procureurs du Roi, alors que la date de naissance, la raison d'être et les attributions de ces deux officiers ne nous paraissent pas être les mêmes. Elle attribue, ensuite et en conséquence au procureur du Roi une origine judiciaire, alors qu'il paraît infiniment plus probable que sa source véritable est différente.

A) La double Origine du Procureur et de l'Avocat du Roi

N° 25. — Deux faits principaux permettent, croyons-nous, de dénier aux officiers du ministère public la double origine judiciaire que lui reconnaît la doctrine. En premier lieu, alors que nous possédons de nombreuses lettres d'investiture d'avocats ordinaires devenus avocats du Roi (71), il ne semble pas que les historiens aient jamais fait état de semblables lettres conférant à des procureurs ordinaires le rôle de procureurs du Roi. Il paraît donc que l'affirmation selon laquelle le recrutement des gens du Roi se faisait parmi les auxiliaires de justice,

(71) Lefèvre, Les avocats du Roi depuis les origines jusqu'à la Révolution, thèse, Paris, 1912 ; — Delachenal, Histoire des avocats au parlement de Paris (1330-1600), 1885, p. 163 et s.

V. l'exemple de Jean le Coq qui devint avocat du Roi en 1387 (il prend ce titre pour la première fois dans une quittance du 23 juillet 1387) alors qu'il avait encore plaidé contre le Roi pendant la session judiciaire de 1386-1387 (M. Boulet, *Questiones Johannis Galli*, thèse, Paris, 1944, p. XII).

qui est vraie en ce qui concerne les avocats, procède, en ce qui concerne les procureurs, d'une généralisation qui pourrait se révéler légère. En second lieu, les auteurs enseignent que les procureurs eurent pour mission de remplir certaines activités qui avaient été jusque-là le fait des baillis (72). De plus, lorsqu'en 1318, le Roi décide de supprimer son procureur dans les pays coutumiers, c'est encore aux baillis qu'il transfère les attributions qui leur étaient jusque-là confiées. Ce remplacement mutuel d'une autorité que l'on voudrait strictement judiciaire et d'une autorité purement administrative n'est-il pas troublant et ne conduit-il pas à penser qu'il est plus vraisemblable d'attribuer au procureur du Roi non pas une origine judiciaire, mais une origine administrative, qu'il est plus exact, d'ailleurs, de qualifier, à l'époque où nous nous plaçons, d'origine domaniale ?

D'autres faits nous confirment aussi dans cette opinion. En 1413, le Duc de Bourgogne essaya, en vain d'ailleurs, de faire élire le procureur général par le grand conseil (73), or cette solution n'est concevable que pour le recrutement d'une autorité principalement administrative. Nous avons, enfin, la preuve de ce que la personnalité de ses procureurs importait beaucoup plus au Roi que celle de ses avocats, ce qui laisse penser que les fonctions des premiers étaient beaucoup plus importantes, au point de vue politique : après que les charges de judicature eurent été rendues héréditaires par l'arrêt du conseil privé du 7 décembre 1604, instituant la Paulette, cette solution s'appliqua sans réserves aux avocats généraux tandis que les procureurs généraux en furent exceptés. Dans le même ordre d'idées, alors que les charges d'avocat général restèrent vénales jusqu'à la révolution, le Roi racheta les charges de procureur général dès le XVII^e siècle. A Paris, le dernier procureur général propriétaire de sa charge fut Arnaud de la Briffe, qui l'exerça de 1689 à 1700. Son successeur, Daguesseau, fut nommé directement par le Roi, et des faits analogues eurent également lieu dans les autres parlements.

Si l'avocat du Roi est incontestablement une autorité judiciaire, le procureur du Roi nous paraît être beaucoup plus sûrement une autorité d'origine domaniale qui va se trouver appelée par un concours de circonstances à remplir des attributions judiciaires sans que jamais celles-ci puissent prendre le pas sur les premières. Mais, quelle est alors cette origine domaniale ? Elle est fort ancienne.

N° 26. — Il résulte d'un très vieux texte, rapporté par Merlin (74), qu'il y avait au VII^e siècle, dans chaque canton, un officier appelé *saïon* ou *graffion*, qui était chargé de multiples besognes administratives : « contrôle de l'établissement des populations, visite des forêts, fouille des tombeaux, recrutement des matelots, contrôle des maisons de poste... », mais aussi d'attribution fiscales : « il devait surtout donner ses soins à une exaction fidèle des deniers publics », ce qui dut le conduire à surveiller près du tribunal du Comte les poursuites criminelles, puisque des amendes

(72) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 240.
(73) Glasson, ouv. cité, t. 6, p. 342.
(74) Répertoire cité, v° Ministère public, § 1.

nombreuses revenaient au trésor royal, en sorte qu'il eut aussi des attributions judiciaires :

> « Le saïon devait se rendre partie contre les violateurs des lois... il obligeait les défendeurs à comparaître en justice... il était l'exécuteur des sentences rendues par le juge auprès duquel il occupait... ».

De simples défenseurs du fisc, Charlemagne fit des *saïons* les conservateurs de la loi et les protecteurs de l'opprimé.

On ne peut nier qu'il y ait entre ces officiers et les procureurs du Roi d'ancien régime de grandes affinités. Il semble néanmoins difficile de voir précisément, dans ces officiers royaux, la lointaine origine du ministère public, dans la mesure où la puissance royale disparaît à peu près totalement du X^e^ siècle. Mais si la disparition du pouvoir royal entraîne celle des *saïons*, elle ne postule pas celle de leurs attributions domaniales qui paraissent, au contraire, se conserver au service de nouveaux « souverains ». On sait que le morcellement de l'autorité publique a été le résultat de concessions, faites à des particuliers, de la souveraineté même, sous la forme du bénéfice (généralement accordé à un laïc) et de l'immunité (le plus souvent reconnue à une puissance ecclésiastique) qui nous est mieux connue grâce à des documents plus nombreux (75). Or, la période d'éclipse de la royauté, entre le X^e^ et le XIII^e^ siècle, marque l'apogée de deux officiers de l'immunité ecclésiastique qui paraissent se partager l'ensemble des attributions des anciens *saïons* : l'*advocatus* et le *vicedominus* (76). La reconstitution de l'autorité royale à partir du XIII^e^ siècle marque, au contraire, le déclin de ces deux officiers souvent réunis en un seul : l'*advocatus episcopi* (77) tandis que les attributions qu'ils n'exerçaient plus se retrouvent parmi celles du nouvel agent royal qu'est le bailli (78), qui veille à la conservation du fisc et est demandeur ou défendeur dans les causes où le Roi est personnellement intéressé. Enfin, « soit que la rentrée des amendes et du prix des fermes exigeât des poursuites et des soins dont ils ne pouvaient pas toujours se charger, soit qu'ils ne pussent figurer comme partie au nom du Roi dans les procès dont ils connaissaient comme juges, il paraît qu'ils ne suffirent pas longtemps à cette tâche » (79). C'est alors qu'ils furent en partie remplacés par les procureurs du Roi.

De par leurs fonctions domaniales, les procureurs du Roi descendent donc des *saïons* par l'intermédiaire des officiers de l'immunité ecclésiastique, héritière du pouvoir royal, et des baillis, une fois ce pouvoir reconstitué. Chargés du domaine et des finances royales, ils existaient bien avant le XIV^e^ siècle, mais c'est alors seulement qu'ils vont se voir attribuer des fonctions judiciaires et cela encore par le biais de leur rôle financier, par un phénomène que nous avons déjà relevé par deux fois. Une grande partie des délits étaient alors punissables d'amendes et ces amendes étaient, avec les revenus du domaine, la plus grande partie des ressources du trésor royal. Le procureur chargé de ce trésor, intervient

(75) Prost, l'immunité, *Rev. Hist. Dt*, 1882, 113 et 262.
(76) Senn, L'institution des avoueries en France, 1903 ; — L'institution des vidamies en France, 1907.
(77) Senn, L'institution des vidamies en France, p. 88.
(78) Schenck, ouv. cité, t. 1, p. 14.
(79) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 241.

donc, d'abord pour surveiller les poursuites criminelles et en assurer l'exécution, puis pour les provoquer puisqu'il y avait intérêt. Mais, comme le procureur, s'il pouvait provoquer la poursuite pénale, ne pouvait pas prendre la parole devant les juridictions, pour plaider les causes du Roi, en particulier en matière civile, on eut alors recours à des avocats ordinaires qui devinrent par la suite des avocats du Roi.

N° 27. — Voilà, selon nous, la véritable explication de l'apparition du ministère public, et elle est double. L'avocat du Roi créé au XIV^e^ siècle (80), fut choisi parmi les avocats ordinaires et n'eut jamais, à titre principal, que des attributions judiciaires, à peu près exclusivement civiles. Le procureur du Roi existait depuis beaucoup plus longtemps, sous d'autres noms, à titre d'agent domanial, mais au XIV^e^ siècle et par le biais de ses attributions financières, il acquiert un rôle judiciaire qui s'exerce essentiellement au criminel et qui s'ajoute à son rôle domanial sans jamais de faire disparaître (81). Toutes les autres analyses procèdent d'une confusion ou ne sont que des explications *a posteriori*.

La confusion est le résultat d'une similitude terminologique : le fait que l'on qualifie du même mot de « procureur » deux fonctions différentes. D'une part, le procureur du Roi, au sens d'administrateur ou d'intendant, au sens que l'on donnait à ce mot lorsqu'on parlait des « *procuratores cæsaris* » (82), et d'autre part, les procureurs des particuliers qui ne sont que des auxiliaires de justice. Il semble, d'ailleurs, que les procureurs du Roi, eux-mêmes, aient joué de cette similitude, car, une fois investis d'attributions judiciaires pour le compte du Roi, il est certain qu'ils se sont mis aussi à instrumenter pour le compte des particuliers, avec d'autant plus d'acharnement que le Roi oubliait volontiers de leur payer leurs gages, ainsi qu'en témoignent les ordonnances qui interdisent cette pratique. Mais il ne faut pas perdre de vue que le processus est ici l'inverse de celui qu'on peut noter pour les avocats du Roi.

Cette confusion n'est d'ailleurs pas une confusion récente et elle n'est pas uniquement le fait de la doctrine classique. Il est certain qu'elle sera faite dès le XIV^e^ siècle dans l'esprit de la monarchie comme des justiciables. Dans leur action judiciaire, on considère que les avocats et procureurs du Roi sont la réplique des avocats et procureurs des particuliers. C'est cette analogie qui servira, par exemple, à répartir leurs

(80) L'apparition de l'avocat du Roi a parfois été beaucoup plus tardive. A la Cour de Lorraine, l'office d'avocat général ne sera créé que par un édit du 17 janvier 1668 (H. de Mahuet, La Cour souveraine de Lorraine et Barrois, thèse, Nancy, 1958, p. 203).

(81) Chenon défend, cependant, une conception diamétralement opposée à la nôtre. Il soutient que le procureur du Roi fut d'abord un officier judiciaire avant de devenir, par la suite, un fonctionnaire indispensable. Ouv. cité, t. 2, n° 468. Rien ne permet néanmoins d'expliquer comment et pourquoi cette transformation se serait opérée.

(82) Il est d'ailleurs plus que probable qu'à cette époque férue de droit romain et qui voulait voir dans toutes les institutions, et par conséquent dans la monarchie, une réplique fidèle des institutions romaines, donc de l'empire, on a donné le nom de « procureur du Roi » à ceux qui veillaient sur les intérêts matériels du souverain, parce qu'il rappelait celui qu'employaient les Césars pour désigner de semblables officiers.

compétences. Pourtant, le procureur restera profondément marqué par son origine extra-judiciaire et il imprimera son caractère à l'institution du ministère public, elle-même.

B) Le Développement de l'Institution

N° 28. — Une fois révélée à la vie judiciaire, l'institution du procureur du Roi va prendre un développement considérable grâce à ce que les partisans de la théorie classique analysent comme des facteurs d'apparition alors qu'ils ne sont que des causes de développement : déclin des accusations privées et développement corrélatif des poursuites d'office par le juge ; accroissement du pouvoir royal.

Vers la fin du XIII^e siècle, les poursuites privées se firent de plus en plus rares car elles étaient dangereuses, en elles-mêmes d'abord, puisque l'accusateur s'exposait à la peine du talion s'il n'obtenait pas la condamnation de la personne poursuivie, à soutenir, ensuite, par la fréquence du recours au duel judiciaire. Celui-ci, d'ailleurs, s'il s'était perpétué, eût constitué un obstacle de même ordre au développement de la poursuite publique, « car qui aurait voulu être la partie publique et se faire champion de tous contre tous » (83). Mais, à ce moment, il était précisément en voie de disparition. Le déclin des poursuites privées faisait naître une lacune qui dut être comblée par un accroissement des poursuites d'office. Celles-ci étaient monnaie courante pour la condamnation des coupables de faits notoires et de flagrants délits, pour lesquels la voix publique était l'accusatrice. Pour atteindre les autres infractions, les tribunaux du Roi s'inspirèrent de la procédure des cours d'église dans lesquelles Innocent III avait en 1243, admis à côté de l'accusation privée, la poursuite sur dénonciation qui substitue à la poursuite des parties, la poursuite d'office et à l'infraction contradictoire la procédure inquisitoriale. Auprès des tribunaux ecclésiastiques, un « promoteur » pouvait entamer la poursuite, surveillait l'instruction, requérait l'application des peines et formait appel s'il y avait lieu. C'est lui qui servit de modèle pour fixer le rôle du procureur du Roi au criminel quand il fut convenu qu'il pouvait y agir pour autre chose que d'assurer la perception des amendes royales. L'exemple du promoteur et l'accroissement des poursuites d'office ont certainement joué un rôle important dans le développement de l'institution du ministère public, mais elle n'en sont pas la source première (84).

Une fois révélé le ministère public et affermi le procureur du Roi dans ses doubles attributions domaniales et judiciaires, le Roi et surtout ceux que l'on a appelé les « légistes » et qui s'étaient donné pour tâche

(83) Montesquieu, ouv. cité, L. XXVIII, chap. 36.

(84) V. en ce sens E. Fournier, L'Eglise et les origines du ministère public, Mémoires de l'Académie d'Arras, 1932, p. 7, qui déclare que « le promoteur (a donné) lieu à la complète réalisation du ministère public » mais reconnaît qu'il n'y a pas eu simple copie par les institutions laïques de ce membre de la curie ecclésiastique. Cet auteur note, en particulier, que la différence fondamentale entre les deux officiers tient à ceci que le procureur du Roi était vraiment « le représentant des intérêts de son maître » alors que le promoteur n'a jamais été décrit que « comme un officier pourvoyant exclusivement à la répression des délits ».

d'accroître et de renforcer l'autorité royale, pensèrent à l'utiliser pour servir le but qu'ils s'étaient fixé. Puisque « le roi est empereur en son royaume » et que « toute justice émane du Roi », il est normal que ceux qui le représentent spécialement auprès des tribunaux, voient leurs pouvoirs s'étendre avec le sien. Mais, une fois encore, il n'y a là qu'une utilisation *a posteriori* d'un ministère public d'ores et déjà constitué, car il est peu probable qu'au XIII^e^ siècle, dans l'esprit des justiciable : « on s'obstinait, tant on avait une haute idée de la royauté, à attribuer à ces magistrats autre chose qu'un intérêt fiscal dans cette participation active à la poursuite criminelle » (85). Au contraire, dans les siècles suivants, les gens du Roi furent pour la monarchie et ceux qui la servaient, un instrument d'autant plus précieux qu'il semble relativement docile.

§ 2. — LE MINISTERE PUBLIC D'ANCIEN REGIME

N° 29. — L'erreur de base faite par la doctrine classique, quant à l'origine du ministère public, ne devait pas être sans influence sur l'explication que celle-ci donne des développements de l'ensemble de l'institution. Mais elle se double d'une autre erreur, d'ordre procédural, quant au rôle rempli par le ministère public en matière judiciaire, lorsqu'elle affirme que dès le XVI^e^ siècle, il était le même qu'aujourd'hui. Cette fois encore, nous verrons que la théorie classique exacte quant à l'avocat du Roi, est bien loin de la vérité en ce qui concerne le procureur du Roi.

A) L'Institution du Ministère public d'ancien Régime

N° 30. — De même qu'il était vain de parler de la naissance du « ministère public » et d'assimiler ainsi l'avocat du Roi et le procureur du Roi, de même, il est vain de penser que dès l'origine, il y eut un « ministère public » tel que nous l'entendons aujourd'hui. C'est en cela que l'on peut dire que la doctrine classique est exacte, lorsqu'elle enseigne qu'il fallut attendre deux siècles avant que l'institution ne fût stabilisée. Mais il semble que là encore elle va trop loin dans sa volonté d'assimilation du ministère public d'ancien régime au nôtre. Avocat du Roi et procureur du Roi étaient trop marqués par la diversité de leurs origines et de leur rôle pour être jamais intégrés en un seul corps et le ministère public d'ancien régime n'aura jamais l'unité, la cohésion, encore moins la hiérarchie, que nous lui connaissons.

N° 31. — Il est certain que le pouvoir royal a cherché, en droit comme en fait, à créer une unité du ministère public qui l'aurait servi. En droit, les ordonnances s'efforcent de traiter de la même façon avocats et procureurs, aussi bien quant à leur statut, que quant à leurs activités. Quant à leur statut, d'abord, l'ordonnance de 1493, par exemple, leur impose le même serment qui s'ajoute au serment des autres officiers du

(85) Du Boys, Histoire du droit criminel en France depuis le XVI^e^ siècle jusqu'au XIX^e^ siècle, 1874, t. 1, p. 30.

parlement (86) et les mêmes obligations (87). Quant à leurs attributions, les ordonnances royales essaient d'établir une collaboration entre avocats et procureurs dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires et le procureur général devait, dans des cas assez nombreux, prendre conseil de ses avocats généraux. En ce qui concerne la mise en mouvement des actions, l'article 87 de la même ordonnance de juillet 1493 enjoint aux avocats et procureurs du roi de ne se joindre à aucune cause sans en avoir délibéré entre eux et sans avoir reconnu qu'il y allait du droit et de l'intérêt du roi, et l'article 25 de l'ordonnance d'Henri II, de 1554, prévoit que les procureurs devront « bailler leurs réquisitions et conclusions par l'avis et conseil des avocats » (88).

Ces efforts du pouvoir royal ne seront pas entièrement vains et il est certain qu'au XVII^e siècle, il existe, auprès des parlements et des tribunaux, un véritable parquet, doué d'attributions particulières, exercées par chacun de ses membres réunis en assemblée générale, sans qu'il y ait lieu de distinguer en son sein entre avocats et procureurs (89). Mais cette cohésion des parquets n'a lieu de s'exercer que dans des domaines présentant peu d'intérêt, ainsi, essentiellement, dans celui des pompes et des préséances. Chacun sait que lorsque le parlement se rendait en corps ou en députation auprès du Roi, les représentants du ministère public n'étaient pas mêlés aux autres membres du parlement mais marchaient ensemble, séparés d'eux par un huissier. Après que le premier président eût parlé au nom des conseillers, ils s'avançaient, toujours ensemble, et avaient le droit de dire à Sa Majesté : « Sire, ce sont vos gens ». On sait aussi, qu'on a pu interpréter comme une marque extérieure d'unité, le fait que, dans les cérémonies officielles, le procureur général marchait entre les deux avocats généraux. On sait, enfin, que lorsqu'un des membres du ministère public prenait la parole, tous les autres devaient se tenir debout pour marquer leur union de vues. Mais déjà dans ce domaine qui est celui où la réussite est la plus complète, la victoire n'a été ni facile, ni totale. Il suffit pour s'en convaincre de lire dans la thèse de Lefèvre le récit des difficultés que suscita, au XVI^e siècle, le passage des avocats du Roi, du barreau, où ils siégeaient encore avec les avocats ordinaires, au banc du procureur général (90). Les avocats du Roi gardèrent toujours d'ailleurs la trace de leur ancienne appartenance au barreau et, au XVII^e siècle, on les considère toujours comme les chefs honoraires de l'ordre des avocats (91).

Si les efforts royaux ne furent pas totalement vains, ils ne furent jamais non plus couronnés d'un total succès. On ne peut, dans l'ancien régime, parler d'un ministère publlic « un et indivisible » comme nous le connaissons.

---

(86) « Tenir la main à la conservation des droits de la couronne ainsi qu'à la punition des crimes, protéger la veuve et l'orphelin et se comporter en bon officier du prince ».

(87) « De venir bien matin au palais ».

(88) Sur tous ces points, v. Pierre Liset, Brièvе et succincte manière de procéder tant à l'instruction et décision des causes criminelles que civiles et forme d'informer en icelles, 1555, p. 72.

(89) Merlin, Répertoire cité, v° Avocat général.

(90) P. 50 et s.

(91) Lefèvre, thèse citée, p. 42.

N° 32. — On le peut d'autant moins que la raison d'être du ministère public n'est pas davantage la même qu'aujourd'hui. Né avant l'avocat, c'est le procureur qui imprime sa nature au parquet, or le procureur joue avant tout un rôle politique. Il est et restera jusqu'à la fin de l'ancien régime, l'homme du Roi, au sens le plus large du terme :

> « Par l'intermédiaire de cette magistrature, le Roi voyait tout, entendait tout, était présent partout. Il surveillait l'exécution des lois, la conduite des juges, les actions de tous les citoyens ; il concourait à la confection de tous les règlements de police et les faisait exécuter ; enfin, il assistait aux délibérations de tous les corps et de toutes les corporations de l'Etat. La conservation des droits du domaine, des prérogatives de la couronne et de l'autorité royale était surtout l'objet de l'infatigable sollicitude de ces magistrats. Enfin, tout ce qui pouvait intéresser l'ordre public était dans les attributions de ce ministère » (92).

On voit, ainsi, le procureur général veiller à la paix du royaume en général et à celle de la ville de Paris, en particulier (93) ; « s'opposer aux tumultes, séditions et révolutions populaires et tascher de les apaiser » (94) et renseigner le pouvoir central sur tous les événements importants qui se passaient dans son ressort. Il participe au bien-être matériel du royaume en informant les autorités sur l'état des récoltes, le prix des grains, les « incendies, inondations, grêles, disettes, sécheresses, gelées extraordinaires, maladies et autres choses extraordinaires » qui seraient survenus dans son ressort, en ayant surtout attention « de leur écrire une lettre différente pour chaque affaire » (95). Il surveille les boulangers, les bouchers, les orfèvres et changeurs, le commerce du sel et même le guet de la ville de Paris (96). Il exerce une grande influence sur la « police générale » du royaume, dans le sens que l'on donnait à l'époque à ce terme, en collaborant et même en provoquant la rédaction des arrêts de règlement, « presque invariablement, ces arrêts de règlement étaient précédés des réquisitions ou « remontrances » du procureur général, motivées avec soin, et dont le dispositif était textuellement adopté » (97).

Enfin, le domaine strictement politique n'est pas étranger aux procureurs généraux, au moins au procureur général près le parlement de Paris. Il veille à « l'intégrité du domaine royal » ; « vérifie les titres et qualités des grands seigneurs et des pairs afin qu'ils n'attentent pas aux droits du Roi » ; surveille les universités et les communautés religieuses (98) ; « il se fait communiquer les traités de paix conclus par le Roi et les discute... les nominations aux grandes charges, aux emplois lucratifs n'étaient pas sans lui être soumises... le choix des baillis et des sénéchaux était donc examiné par lui » (99).

---

(92) Henrion de Pansey, ouv. cité, t. 1, p. 288.
(93) Aubert, Le ministère public de Saint-Louis à François Ier, *Rev. Hist. Dt*, 1894, 487.
(94) La Roche-Flavin, ouv. cité, L. II, chap. VII, n° III.
(95) Jousse, Traité de l'administration de la justice, 1771, t. 1, p. 670.
(96) Aubert, ét. citée, *Rev. Hist. Dt*, 1894, 487.
(97) Saulnier de la Pinelais, Les Gens du Roi au Parlement de Bretagne (1553-1790), 1902, p. 297 ; — Olivier-Martin, ouv. cité, n° 400.
(98) Aubert, Histoire du Parlement de Paris de l'origine à François Ier, 1894, p. 148.
(99) Aubert, ét. citée, *Rev. Hist. Dt*, 1894, 487.

Il n'hésite pas à prendre parti dans les grandes querelles du temps : « protégeant le peuple contre les envahissements de la couronne et la couronne contre les envahissements de l'Eglise... veillant avec la sollicitude de bons pères de famille à l'intégrité du territoire national » (100). En 1579, nous voyons le parlement de Paris se plaindre que les gens du Roi avaient tant d'occupations en dehors de leur charge, qu'ils ne pouvaient plus assurer leur service dans des conditions satisfaisantes (101). Il apparaît ainsi que :

> « Les procureurs généraux du Roi... concentraient entre leurs mains... des pouvoirs multiples qui suffiraient à alimenter aujourd'hui plusieurs " départements ministériels " » (102).

N° 33. — Il apparaît aussi que la conception du ministère public était alors bien différente de la nôtre et cela d'autant plus que dans un souci d'unification des officiers du ministère public déjà rencontré, le pouvoir royal tentera, avec un certain succès, d'orienter la tâche de ses avocats, dans le même sens que celle de ses procureurs. Très tôt, le Roi investit certains de ses avocats de tâches politiques et administratives, ainsi qu'en témoigne La Roche Flavin, dans deux exemples significatifs :

> « De notre temps, le Duc d'Anjou, frère du Roy Charles, ayant été esleu Roy de Pologne, le sieur de Pybrac, advocat général à Paris, luy fust baillé pour luy assister et le conseiller. Et estant de retour de Pologne, la Royne, mère du Roy, en son voyage de Guyenne pour la paix et conférence faite à Nérac l'y mena, comme aussi y fut employé M. Duranti, advocat général à Toulouse » (103).

Il semble, d'ailleurs, que les avocats du Roi ont accepté ce rôle avec enthousiasme :

> « Gardiens et défenseurs des droits de la couronne, les avocats du Roi semblent s'être donné pour tâche de terminer l'œuvre commencée par les légistes du XIV^e^ siècle et qui, dans leur pensée devait aboutir à fonder une monarchie presque aussi absolue que celle dont on trouvait le modèle dans les lois romaines » (104).

Les tâches politiques resteront exceptionnelles pour les avocats du Roi, mais il n'en demeure pas moins que le parquet garde, d'une façon générale par son procureur, accidentellement par ses avocats, un rôle, à proprement parler politique, qui a disparu aujourd'hui :

> « L'institution du ministère public, au moment où les forces usées de l'ancien régime vont disparaître... apparaît... puissante et forte, dotée de notables privilèges et d'une grande influence... participant... aux affaires politiques et d'Etat, relevée de la dégradante rémunération des épices, conférant à ses agents de hautes prérogatives, elle a depuis de longues années, conquis pour ses membres, à l'exclusion de tous autres, le titre de gens du Roi, par excellence » (105).

---

(100) Anonyme, Les gens du Roi, *Le droit*, 21 juin 1836.
(101) Lefèvre, thèse citée, p. 86.
(102) Saulnier de la Pinelais, ouv. cité, p. 437.
(103) Ouv. cité, L. II, chap. VII, n° V.
(104) Delachenal, ouv. cité, p. 188.
(105) Bruneau, De la hiérarchie du ministère public, *Rev. Hist. Dt*, 1860, 171.

B) La Fonction judiciaire du Ministère public d'ancien Régime

N° 34. — Inexacte en tant qu'elle parle de « ministère public », il importe de remarquer que, dans l'ordre procédural et le détail des attributions judiciaires des avocats et procureurs du Roi, la doctrine classique est vraie, cette fois encore, pour les premiers, mais se révèle fausse pour les seconds et contestable quant à l'ensemble.

Là non plus, l'apparente cohésion du parquet d'ancien régime ne doit pas faire illusion, car du point de vue de leurs attributions judiciaires, avocats et procureurs n'ont jamais été interchangeables. Aujourd'hui, au moins dans toute la mesure où le chef du parquet ne s'y oppose pas, tout membre du ministère public a vocation à exercer l'ensemble des attributions qui incombent à l'institution elle-même. Il n'en était pas de même dans l'ancien droit où avocats et procureurs avaient chacun leurs attributions propres. Sans doute, « le partage des fonctions du ministère public entre tous ces officiers n'est pas le même dans toutes les cours souveraines ni même tous les tribunaux inférieurs » et « il est réglé, presque partout par des lois particulières » (106), mais, d'une façon générale, quelquefois à la suite d'incidents fâcheux, et sans doute par référence à la distribution des affaires entre les procureurs et les avocats ordinaires, il fut admis que les procureurs tiendraient la plume et que les avocats porteraient la parole :

> « C'est le procureur qui intente les actions, qui dirige les procédures, qui dépose les conclusions écrites. Ce sont les avocats du Roi qui portent la parole dans les affaires que le procureur a instruites » (107).

Cela n'aurait pas eu de conséquences bien graves, si ce partage d'attributions avait eu pour effet de faire participer les avocats et les procureurs du Roi à l'ensemble des affaires, il aurait, au contraire, renforcé leur association. Mais, par suite de la procédure employée et notamment de la procédure criminelle inquisitoriale, c'est-à-dire secrète et écrite, par opposition à la procédure civile qui se déroulait normalement à l'audience, il eut pour résultat de faire attribuer à l'avocat les affaires civiles et au procureur les affaires criminelles :

> « Il semble qu'il n'ait pu y avoir de place dans le mécanisme nouveau de l'instruction criminelle, pour les avocats du Roi, hommes exclusivement d'audience... d'un autre côté, la communication des affaires civiles fut toujours, d'après l'usage, réservée aux avocats généraux et aux avocats du Roi ; il n'y eut jamais lieu de communiquer aux procureurs généraux et procureurs du Roi que les affaires civiles instruites par écrit et le nombre de ces dernières était naturellement moins considérable que celui des premières... » (108).

---

(106) Merlin, Répertoire cité, v° Ministère public, § 4. C'est ainsi qu'à la Cour souveraine de Lorraine, les fonctions de procureur général et d'avocat général furent réunies, en 1698, entre les mains d'un seul titulaire, Jean-Léonard Bourcier. La dualité des fonctions fut, d'ailleurs, rétablie au décès de cet officier (H. de Mahuet, thèse citée, p. 202).

(107) Coumoul, ét. citée, *Rev. Hist. Dt*, 1881, 299.

(108) Bruneau, ét. citée, *Rev. Hist. Dt*, 1860, 171.

La vérité est qu'à la fin de l'ancien régime, il est beaucoup plus exact de dire que l'avocat du Roi est le ministère public au civil et le procureur du Roi le ministère public en matière répressive, plutôt que d'affirmer que l'un a la plume et l'autre la parole. Cela n'était point fait pour contribuer à réduire la division préexistante des deux agents du ministère public, mais bien plutôt pour maintenir « une ligne de démarcation, une sorte d'antagonisme » (109) qui fait qu'il est radicalement impossible de voir dans notre parquet actuel une copie du parquét d'ancien régime comme le voudrait la théorie classique.

1° *L'Avocat du Roi et la procédure civile.*

N° 35. — Choisis parmi les avocats ordinaires pour exercer des attributions essentiellement judiciaires, les avocats du roi investis de la parole furent au XVI^e^ siècle à peu près exclusivement cantonnés dans le domaine civil, empire de la procédure à l'audience, par suite du développement au criminel de la procédure inquisitoriale presque entièrement écrite et attribuée de ce fait au procureur qui tenait la plume. Quant à leur rôle en matière civile, Merlin, qu'il est toujours utile de consulter pour faire le point du droit à la fin de l'ancien régime, nous apprend qu'il était à peu près celui que nous connaissons aujourd'hui au ministère public agissant au civil où il est soit partie jointe soit partie principale :

> « En général, on peut distinguer deux fonctions qui font tout le partage du ministère public, celle de prendre des conclusions à raison de l'ordre public dans les affaires des particuliers, et celle de plaider pour le Roi contre les particuliers dans les affaires du domaine et de la couronne » (110).

Il semble donc que notre ministère public en matière civile soit l'exacte réplique des avocats du Roi d'ancien régime. Pourtant, cela n'est pas rigoureusement exact. Nous voyons que le ministère public n'agit comme partie principale que pour défendre les droits du souverain, en tant que tel, alors que dans la défense de l'ordre public, il n'est jamais que partie jointe. Ce n'est pas la situation actuelle dans laquelle l'intérêt de l'ordre public est le critère de l'une comme de l'autre action, mais il y a tout de même dans l'ancien droit une partie de l'action actuelle du ministère public quant au fond (le ministère public - partie jointe) et l'intégralité de sa technique d'intervention (partie jointe ou partie principale).

On ne peut en dire autant de notre ministère public agissant en matière répressive.

2° *Le Procureur du Roi et la procédure criminelle.*

N° 36. — 1° Tout d'abord, le rôle du procureur est des plus limité en ce qui concerne la mise en mouvement de l'action publique. La reconnaissance de son action en matière criminelle ne devait pas lui accorder, dès le début, un rôle d'accusateur tel que nous le concevons aujourd'hui :

---

(109) Bruneau, ét. citée, *Rev. Hist. Dt*, 1860, 171.
(110) Répertoire cité, v° Avocat général, n° VI.

« cette innovatioon aurait été trop contraire à la règle qui exigeait un intérêt direct ou même personnel pour qu'on pût intenter une action criminelle » (111). Mais la situation ne devait pas se modifier beaucoup jusqu'à la fin de l'ancien régime.

a) La partie civile restera toujours, en premier lieu, le véritable accusateur et si les ordonnances anciennes ont souvent répété que le procureur doit agir d'office sans attendre qu'il y ait une plainte de la partie civile (112), ce droit ne lui a jamais été reconnu d'une façon générale, pour l'ensemble des délits. Même l'ordonnance de 1670 (art. 8 du titre III et art. 19 du titre XXV) ne donne à la partie publique le droit de former accusation et de diriger les poursuites que pour les crimes qui emportent peine afflictive et infamante (113).

b) En second lieu et surtout, il est de tradition constante dans l'ancien droit que c'est le juge qui a la plénitude de la puissance judiciaire en matière criminelle. Il en résulte, d'une part, que le ministère public ne peut agir sans lui, mais d'autre part et à l'inverse, que le juge peut agir de sa propre initiative sans attendre celle du ministère public.

Sur le premier point, *le procureur n'a pas*, à proprement parler, *d'initiative personnelle quant à la poursuite criminelle :* il est entièrement subordonné au tribunal. C'est ainsi qu'il ne peut ni citer directement un suspect devant la juridiction de jugement, ni requérir directement un juge instructeur. Le procureur du Roi ou le procureur général doivent toujours obtenir, d'abord, l'assentiment du lieutenant criminel ou du parlement, qui ont seuls qualité pour commettre un magistrat instructeur (114). Le rôle du ministère public est, alors, bien plutôt celui d'un dénonciateur que celui d'un accusateur :

> « Aux yeux des contemporains, c'est le juge qui autorise le procureur du Roi à agir, non ce dernier qui met le juge en mouvement » (115).

Sur le second point, il est de tradition dans l'ancien droit que les *juges peuvent poursuivre d'office* sans attendre une décision du procureur, ni, d'ailleurs, de la victime (116). Ce droit d'initiative du juge qui

---

(111) Glasson, ouv. cité, t. 6, p. 340.

(112) Article 6 de l'ordonnance du 23 décembre 1355 : « Et jurera, le procureur du Roi qui est présent et qui sera pour le temps, que il, sitôt qu'il viendra à sa cognoissance, poursuivra les dits preneurs au plus rigoureusement qu'il pourra, combien que la partie ne fasse aucune pourchaz ou poursuite ».

Article 184 de l'ordonnance de Blois de mai 1579 : « Le procureur général en cour de parlement et leurs substituts en chaque siège et semblablement les procureurs fiscaux des seigneurs sont tenus faire diligente poursuite et recherche des crimes, sans attendre qu'il y ait instigateur, dénonciateur ou partie civile ».

Muyard de Vouglans, Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel, 1780, p. 578.

(113) Serpillon, Code criminel ou commentaire de l'ordonnance de 1670, 1767, t. 1, p. 940.

(114) Article 62 de l'ordonnance de 1499 ; articles 1 et 2, titre X, de l'ordonnance de 1670.

(115) Esmein, ouv. cité, p. 103.

(116) Jousse, Traité de la justice criminelle de France, 1771, t. I, p. 577 et t. II, p. 11.

est, nous l'avons dit (117), une tendance bien naturelle dans les systèmes répressifs peu évolués, bénéficiait, en outre, dans l'ancien droit de certaines justifications juridiques (118). En dehors d'une ordonnance de Philippe de Valois de décembre 1344, qui prévoyait que les informations se feraient de la volonté du prince, de l'autorité des cours, ou encore, à la requête du procureur général, ce qui marque nettement la supériorité des premières sur le second, le droit qu'avaient les parlements de faire des ordonnances et de procéder par voie réglementaire, avait pour corollaire celui de faire observer ces prescriptions et au besoin d'en poursuivre la violation. Ce droit d'impulsion du juge de jugement devait se maintenir jusqu'en 1789 et ne soulève jamais de véritable opposition. Tout au plus peut-on discerner une certaine hésitation en doctrine (119) et l'article 8 du titre I de l'ordonnance de 1670 peut-il marquer une certaine défaveur du pouvoir royal. Cet article prévoyait, en effet, que « s'il n'y a pas de parties civiles, les procès seront poursuivis à la diligence et sous le nom de nos procureurs ou des procureurs des justices seigneuriales » et il aurait dû être interprété comme condamnant l'action d'office du juge. Mais il portait en lui le germe de sa violation et sa seule influence fut un changement du mode de procéder : le juge continua à agir d'office, mais il le fit « sous le nom du procureur » et respecta ainsi, au moins la lettre de l'ordonnance.

N° 37. — 2° Mais les pouvoirs du procureur sont tout aussi limités pendant le déroulement du procès pénal. L'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 a bien affirmé que « dans tous les procès le procureur du Roi ou du seigneur est dorénavant partie », mais il est systématiquement tenu à l'écart des actes de la procédure. S'il y a une partie civile en la cause, et c'est la majorité des cas, c'est elle qui fait procéder à l'information et le ministère public n'est que partie jointe. Même en l'absence de partie civile, il est inconcevable qu'il puisse assister aux interrogatoires, récolements ou confrontations, a fortiori qu'il puisse instruire lui-même les procédures criminelles. Le rôle du procureur se borne pratiquement à prendre communication de la procédure, mais les juges furent même longtemps tenus de n'effectuer cette communication, qu'une fois qu'ils considéraient la procédure comme terminée (120), et il faut attendre l'ordonnance de 1670 pour qu'ils soient astreints à le faire à certains moments de l'instruction (121). Il ne reste donc au ministère public que le droit de prondre des réquisitions provisoires et définitives et, une fois l'arrêt rendu, le droit de faire appel de la sen-

(117) V. ci-dessus, n° 14.
(118) Paringault, ét. citée, *Rev. Hist. Dt*, 1857, 142.
(119) Après avoir admis, d'une manière générale, le droit du juge d'agir d'office (Traité de la justice criminelle, t. III, p. 66), Jousse semble réduire cette possibilité au cas où le magistrat serait en présence d'un flagrant délit ou d'une dénonciation (t. III, p. 68). Mais aucune restriction de cet ordre ne se manifeste chez d'autres auteurs d'ancien régime (Serpillon, ouv. cité, t. I, p. 414 ; — Du Rousseau de la Combe, Traité des matières criminelles, 1769, 2e partie, chap. IV, p. 254).
(120) Articles 145 de l'ordonnance d'août 1539 ; 64 de l'ordonnance d'Orléans de janvier 1560 ; 184 de l'ordonnance de Blois de mai 1579.
(121) Articles 2 du titre VII ; 1 et 22 du titre X ; 17 du titre XIV.

tance. Mais ces droits, encore bien limités, n'appartiennent pas exclusivement au ministère public.

a) Il est dans l'ancien droit une formule bien connue selon laquelle « tout juge est officier du ministère public », mais il ne semble pas que les auteurs modernes en aient exactement compris le sens. On interprète généralement la maxime comme donnant uniquement au juge le droit de se saisir d'office, alors qu'il paraît beaucoup plus probable que ce droit d'agir d'office était accordé au juge de jugement « *ex officio suo* ». La vérité, c'est que l'ancien droit proclame par cette formule que les juges ont le droit d'exercer toutes les attributions du ministère public et au moins du procureur agissant en matière répressive :

> « Il est constant et c'est une maxime qui ne souffre aucune difficulté, que les fonctions du ministère public quant à la poursuite des crimes résident éminemment dans les juges, et que, par une conséquence nécessaire, les juges peuvent poursuivre la punition d'un crime et en informer indépendamment des procureurs du Roi et fiscaux (122).

Les juges de jugement exercent ainsi les attributions du ministère public, qu'il s'agisse du droit de requérir ou de celui de faire appel. Si le procureur refuse de conclure, si les conclusions ne plaisent pas à la juridiction ou encore si les juges souhaitent se passer de l'opinion du ministère public, un des membres de la juridiction prend la place du procureur et parle en son nom :

> « Nous voyons tous les jours, à l'audience, les juges faire parler les procureurs du Roi et rendre des ordonnances sur leurs conclusions, quoique ces derniers n'en aient pris aucune et n'aient fait aucune réquisition » (123).

Quant à l'appel de la sentence rendue, le fait que le ministère public n'ait pas interjeté appel « *a minima* » n'empêche pas la juridiction d'aggraver la peine prononcée en première instance, car le premier juge qui propose d'appliquer une peine plus sévère est censé avoir requis cette peine pour le procureur (124).

Cette conception extensive des pouvoirs de la juridiction de jugement devait recueillir jusqu'à la fin de l'ancien régime l'approbation de la doctrine (125) et de la jurisprudence (126). Elle devait, au contraire, se heurter, à la fin de l'ancien régime à la désapprobation du pouvoir royal. Déjà, lors des travaux préparatoires de l'ordonnance de 1670, le droit de conclure à la place des officiers du ministère public est ferme-

---

(122) Jousse, Traité de la justice criminelle, t. III, p. 66. V. dans le même sens, Charondas le Caron, Mémorables questions, 1637, t. II, p. 123 : « Le juge a toujours une partie avec soi, encore qu'elle ne se montre, à la requête de laquelle il informe, à savoir le procureur du Roi ou fiscal, selon la qualité du juge, qui ne peut être désavoué par le dit procureur ».

(123) Jousse, Traité de la justice criminelle, t. III, p. 66.

(124) Jousse, Traité de la justice criminelle, t. II, p. 760 ; — Du Rousseau de la Combe, ouv. cité, 3e partie, chap. XXV, p. 480, n° 24.

(125) Du Rousseau de la Combe, ouv. cité, 3e partie, chap. IV, p. 254 ; V., cependant en sens contraire, Imbert, La pratique judiciaire tant civile que criminelle, 1665, livre III, chap. II, p. 574.

(126) Arrêt du parlement de Grenoble du 8 avril 1680, *Journal du Palais*, t. II, p. 128, qui déclare qu'une procédure criminelle est valable quoique faite sans l'assistance des gens du Roi.

ment critiqué par Pussort qui signale que le Roi a « sévèrement puni un conseiller d'un présidial qui avait pris des conclusions au défaut du procureur du Roi » et Serpillon, qui rapporte la discussion (127), conclut que le droit pour les juges de se substituer au ministère public ne doit subsister qu'au Châtelet et au Parlement de Paris où cette pratique est nécessaire en raison du grand nombre des affaires. Mais si tant est que ce fût là le vœu de l'ordonnance, il est certain qu'il ne fut pas exaucé puisque Daguesseau, en transmettant un arrêt du conseil du Roi qui annulait un arrêt du parlement de Rouen, rendu sur les conclusions d'un conseiller requérant des mesures que le procureur avait déclarées inutiles, est encore appelé à flétrir cette pratique dans une lettre du 11 mars 1730 (128). Il rappelle qu'un conseiller ne peut faire office de procureur que dans l'hypothèse bien improbable où, non seulement le procureur, mais encore tous les autres membres du parquet auraient refusé de donner des conclusions indispensables à la continuation de la procédure. Mais encore dit-il, serait-il plus sage, dans cette hypothèse, de prendre l'avis du Roi « avant que d'entreprendre de commettre un procureur général ». La situation devait donc rester à peu près la même jusqu'à la fin de l'ancien régime.

b) Même enfin, lorsque les magistrats du siège laissent le ministère public libre d'exercer ses attributions en matière répressive, bien d'autres détails contribuent encore à limiter son influence : l'inexistence d'un droit pénal, au sens exact, qui complique la tâche du procureur et l'empêche, faute de base juridique solide, de jouer un rôle important lors de ses interventions auprès du tribunal ; l'étonnante disposition de l'ordonnance de 1670 qui, pour que les juges se déterminent par leurs propres lumières, interdit au procureur de motiver ses conclusions définitives et l'empêche ainsi d'avoir sur la sentence l'influence qu'il devrait exercer ; l'absence d'une audience publique et contradictoire, qui donne aujourd'hui tout son relief au rôle de la partie publique ; sans compter les particularités régionales, qui ne sont jamais à l'avantage du ministère public. Ainsi Saulnier de la Pinelais rapporte-t-il que jusqu'à l'ordonnance de 1670, ce fut une maxime qu'« en Bretagne n'y a aucun appel des sentences criminelles de quelque juge que ce soit » de sorte qu'au Parlement de Bretagne les gens du Roi n'exercent pratiquement jamais les attributions du ministère public en matière répressive (129).

N° 38. — Le résultat de cet ensemble de dispositions est une désaffection générale pour la procédure criminelle :

> « Peu séduits par les obscurs travaux des informations secrètes, le ministère public laissait, pour s'en décharger, emprunter son nom aux conseillers de la tournelle. Dans le cours ordinaire des choses, l'intérêt se portait aux audiences civiles de la grand'chambre où se discutaient, dans des plaidoyers solennels, les plus hautes questions de jurisprudence » (130).

(127) Ouv. cité, t. II, p. 991.
(128) Œuvres, t. X, 1777, p. 31, lettre 23.
(129) Ouv. cité, p. 20.
(130) Saulnier de la Pinelais, ouv. cité, p. 229.

Il est donc vrai de dire que dans l'ancien droit, les juges de jugement avaient le droit de mettre en mouvement une action criminelle, d'instruire l'affaire, de la porter à l'audience et même de la juger sans le concours du ministère public. Cette situation est bien différente de celle que nous pouvons voir aujourd'hui, où, selon une erreur que nous avons déjà dénoncée, on a tendance à considérer le ministère public comme une institution strictement répressive.

§ 3. — LE MINISTERE PUBLIC ET LA TOURMENTE REVOLUTIONNAIRE

N° 39. — Les différences notables que nous relevons entre le ministère public d'ancien régime et le ministère public actuel, et cette primauté que nous reconnaissons au caractère de « gens du Roi » des officiers du ministère public d'ancien régime, nous amènent à accorder une beaucoup plus grande attention à la législation intermédiaire et aux codes que ne le font les auteurs classiques, pour qui la première est sans influence, tandis que les seconds ne sont qu'une reproduction fidèle de la situation qui existait à la fin de l'ancien régime. Pour nous, les textes révolutionnaires sont importants, car dans ce domaine comme dans bien d'autres, ils mettent un point final. Mais, dans ce domaine encore, ils ne sauront pas reconstruire et il faudra attendre la législation impériale pour retrouver une construction solide.

A) La Disparition des « Gens du Roi »

N° 40. — Il est important de remarquer que les cahiers de doléances de 1789 ne contenaient aucune récrimination concernant l'institution du ministère public : « C'est que sous l'ancien régime, non seulement elle n'avait jamais été attaquée, mais encore elle avait été couverte d'éloges » (131).

> « Les seuls reproches d'ordre général que l'on pouvait faire aux gens du Roi tenaient à leur mode de recrutement et à la défaveur générale qui s'attache à la magistrature. Bien qu'ils soient sous les ordres du Roi et obligés en principe d'exécuter des instructions, ils avaient toujours gardé une certaine indépendance et parfois tenu tête au Roi lui-même en refusant d'exécuter des ordres qui leur semblaient contraires au bien du royaume. L'utilité des gens du Roi était universellement reconnue. L'assemblée constituante n'envisage pas de les supprimer. Ils n'échapperont pas, cependant, au désir général de réforme » (132).

N° 41. — Ce désir de réforme devait être évident en face d'une institution aussi liée à la notion de pouvoir royal. Si les révolutionnaires reconnaissent des avantages à l'institution du ministère public, c'est au strict point de vue de la bonne administration de la justice, aussi, la

(131) M. Rousselet, ouv. cité, t. 1, p. 127.
(132) F. Gigot, Les doctrines de l'assemblée constituante relatives à l'organisation judiciaire, Thèse dactylographiée, Paris, 1952, p. 106.

réforme capitale est-elle l'abolition pure et simple du ministère public - agent politique. Certes, on ne la trouve exprimée dans aucun texte, mais elle était inévitable et elle est implicite puisque c'est uniquement lors des débats sur l'organisation judiciaire que les constituants vont se préoccuper du ministère public, marque évidente de ce que son action est désormais limitée au domaine judiciaire (133). Il en sera toujours ainsi par la suite et il serait vain de chercher les traces du ministère public ailleurs que dans les textes concernant l'organisation judiciaire et la procédure.

Cette amputation du ministère public est donc définitive et elle nous paraît beaucoup trop considérable pour qu'on puisse affirmer que le ministère public y a survécu. Cette survie est concevable pour ceux qui, ne trouvant au ministère public d'ancien régime qu'une source et des attributions judiciaires, se bornent à dire que le droit révolutionnaire a démembré le ministère public en un accusateur public et un commissaire du gouvernement. Mais démembrer signifie diviser et il n'y a plus simple démembrement lorsqu'on a soustrait avant de diviser surtout lorsque la part soustraite est celle qui constitue le fondement de l'institution et lui donne tout son sens. Ce qui disparaît, d'ailleurs, c'est uniquement le rôle politique du ministère public, car son aspect domanial sera conservé, mais attribué à d'autres qu'aux officiers du ministère public : la conservation du domaine *stricto sensu* est confiée à une administration spécialisée, représentée en justice par le préfet ; quant au fisc, pour sauvegarder d'une manière plus efficace ses intérêts, la loi chargera les agents des contributions indirectes, des douanes, des eaux et forêts, de poursuivre certains délits spéciaux soit seuls soit concurremment avec le ministère public.

Le ministère public d'ancien régime aboli, il fallait en créer un autre, strictement judiciaire, celui-là. Les révolutionnaires parviendront seulement à attribuer à certains officiers les tâches judiciaires du ministère public sans aboutir à une construction d'ensemble.

B) La Naissance du Ministère public - Organe judiciaire

N° 42. — L'organisation du parquet préoccupa beaucoup l'assemblée constituante. Un décret des 8 mai - 27 septembre 1790 décida, dans un article premier que « les officiers du ministère public seront nommés par le Roi » et dans un article 2 qu'« ils seront institués à vie et ne pourront être destitués que pour forfaiture ». Mais un autre décret des 16-24 août 1790 divisa les fonctions du ministère public entre deux agents : un commissaire du Roi et un accusateur public. Le premier, nommé par le Roi et inamovible, a pour mission exclusive de veiller à l'application de la loi et à l'exécution des jugements. C'est lui qui se pourvoit contre les décisions des tribunaux. L'accusateur public, élu par le peuple, est uniquement chargé de soutenir l'accusation devant les tribunaux répressifs.

---

(133) Hiver, Histoire critique des institutions judiciaires de la France de 1789 à 1848, 1851, p. 42 et s.

N° 43. — Pratiquement, l'initiative de la poursuite criminelle appartient aux parties lésées et à tous citoyens témoins du crime, qui mettent l'action publique en mouvement par une plainte ou une dénonciation adressée au juge de paix, qui doit procéder à l'information mais peut aussi rechercher les crimes et les poursuivre d'office. L'information terminée, le juge de paix saisit le jury d'accusation qui décide de la mise en accusation et saisit le tribunal criminel. C'est alors seulement qu'intervient l'accusateur public qui n'a aucune initiative : il se borne à soutenir l'accusation sans pouvoir s'écarter à peine de forfaiture, de l'acte d'accusation. Quant au commissaire du Roi, son rôle se borne à maintenir l'exacte application des formes, à requérir l'application de la peine après la délibération du jury de jugement sur la culpabilité, enfin à exécuter le jugement.

Telle était, au moins à l'origine, la situation, mais elle ne fut pas exempte de chaos. Le décret du 20 octobre 1792 supprima l'intervention des commissaires du gouvernement en matière criminelle sous prétexte qu'ils apportaient des entraves à la prompte expédition des affaires. Après qu'ils eussent été rétablis par la constitution du 5 fructidor an III, le code des délits et des peines du 3 brumaire an IV déclara que les commissaires du gouvernement seraient nommés et révocables par le directoire exécutif. Enfin, la constitution de l'an VIII vint achever la révolution en décidant que « les fonctions d'accusateur public près les tribunaux criminels seraient remplies par un commissaire du gouvernement ».

N° 44. — « Les fonctions du ministère public au criminel ont été exposées à plus de changements que celles au civil » (134). Là règne uniquement le commissaire du Roi, puis du gouvernement et une nouvelle fois :

> « En matière civile, le rôle du ministère public fut beaucoup moins modifié pendant la période intermédiaire. Le décret des 10-25 août 1790 veut que les commissaires du Roi n'exercent au civil leur ministère que par voie de réquisitions. Leur mission protectrice de l'intérêt des mineurs, des interdits, des femmes mariées, des absents indéfendus, de la nation et des communes, se trouve spécialement consacrée. Ils devront être entendus dans toutes les affaires où il y aura quelqu'une de ces personnes en cause. Enfin, il devront tenir la main à l'exécution des jugements, poursuivre d'office cette exécution dans toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public » (135).

Le législateur révolutionnaire n'a rien changé par rapport à ce qui existait dans l'ancien régime, il supprime la voie d'action, puisque n'existant, dans l'ancien droit, que pour défendre le domaine et les droits de la couronne, elle n'a plus de raison d'être. Mais, en ce qui concerne la partie des attributions qui lui reste, son action est la même : la voie de réquisitions dans l'intérêt de l'ordre public.

N° 45. — Le seul côté positif, si l'on peut dire, du droit révolutionnaire est la suppression du ministère public tel qu'on le concevait dans l'ancien droit, par l'extinction des fonctions politiques qui en étaient

(134) Schenck, ouv. cité, t. 1, p. 71.
(135) Coumoul, ét. citée, *Rev. Hist. Dt*, 1881, 299.

la source profonde et qui ne réapparaîtront pas dans l'organisation nouvelle du ministère public ainsi qu'en témoignent les lamentations des uns et les pamphlets des autres :

> « Qu'est devenu ce colosse si imposant, ce briarée aux cent bras ? On le cherche. Dépouillés de leurs plus belles prérogatives, les officiers du ministère public ne sont plus les surveillants de tous les citoyens, les régulateurs des mouvements de la société ; ils n'ont pas même ce que, dans l'idiome de ces derniers temps, on appelle la police préventive... ils ne sont plus les gardiens des prérogatives de la couronne, les conservateurs du domaine de l'Etat, les sentinelles chargées de veiller au maintien des lois fondamentales du royaume » (136).

> « Qu'y a-t-il de commun entre les officiers du ministère public tels que nos constitutions modernes les ont faits, fonctionnaires amovibles et révocables... jetés pêle-mêle dans l'article 9 du Code d'instruction criminelle avec les gendarmes, les gardes-champêtres, les commissaires de police et les gardes forestiers, et les gens du Roi, personnages considérables et parlementaires, membres indépendants des compagnies souveraines prenant leur part de la puissance législative, appelés dans toutes les grandes occasions au conseil du Prince » (137).

A la place de ces personnages « considérables », il est certain que le droit intermédiaire n'a rien mis, mais s'est contenté de répartir leurs attributions judiciaires, avec, d'ailleurs, plus ou moins de bonheur :

> « Il faut arriver à la loi du 27 ventôse an VIII, aux sénatus-consultes organiques des 16 thermidor an X et du 28 floréal an XII (138). Au Code d'instruction criminelle de 1808 et aux décrets des 30 mars 1808, 20 avril, 6 juillet et 18 août 1810, pour se faire une idée exacte du dernier et satisfaisant état de la hiérarchie des parquets » (139).

Si les attributions civiles des avocats du Roi ont été confiées à peu près intactes au commissaire du gouvernement par le droit intermédiaire, celui-ci a, en matière répressive, conçu un système où le rôle du ministère public, bien que différent de celui qu'il avait dans l'ancien droit, était tout aussi limité et ici encore on peut dire que « l'institution du ministère public est, à véritablement parler, née avec le Code d'instruction criminelle » (140).

Il est donc faux de soutenir que le ministère public moderne n'est qu'une transposition du ministère public d'ancien régime et les deux institutions sont, au contraire, fondamentalement opposées. Le ministère public tel que nous l'entendons aujourd'hui a été créé de toutes pièces par le législateur napoléonien. Mais c'est parce que, ni ce législateur, ni les auteurs qui ont, par la suite, commenté les textes, n'ont eu conscience de ce qu'il y avait là une véritable création, que l'institution pose depuis un siècle et demi des problèmes fort peu discutés jusqu'à présent.

---

(136) Henrion de Pansey, ouv. cité, t. 1, p. 300.
(137) Anonyme, Les gens du Roi, *Le droit*, 21 juin 1836.
(138) Qui rétablit les appellations d'ancien régime.
(139) Bruneau, ét. citée, *Rev. Hist. Dt*, 1860, 171.
(140) De Molènes, ouv. cité, avant-propos, p. IX.

Section II. — LE MINISTERE PUBLIC ET SES PROBLEMES

N° 46. — Ce sont donc les textes napoléoniens qui ont institué le ministère public que nous connaissons aujourd'hui, mais on ne peut manquer d'être frappé, à la lecture des travaux préparatoires, par la rareté et la brièveté des discussions consacrées au ministère public (141). Ce laconisme aurait pu se comprendre si les textes nouveaux s'étaient bornés à codifier des solutions ayant existé de tous temps, mais non alors qu'ils établissent un système nouveau. Il s'explique, cependant, dans la mesure où les rédacteurs du Code d'instruction criminelle et des lois d'organisation judiciaire de 1810 (142) n'ont eu ni la conscience ni la volonté de créer quoi que ce soit. Il s'agit seulement, dans leur pensée, de ressusciter le ministère public d'ancien régime quelque peu malmené par le droit révolutionnaire, en l'adaptant aux innovations de ce droit révolutionnaire qu'on était résolu à garder. Mais, d'une part, ils ne semblent pas avoir conservé une idée bien nette de ce qu'était le ministère public d'ancien régime, et, d'autre part, ils n'ont pas encore assimilé les nouveaux principes posés par le droit révolutionnaire en ce qui concerne plus particulièrement la poursuite répressive et ils n'en conçoivent pas la portée exacte (143).

A cette première attitude relative à la conception d'ensemble du ministère public, il faut encore ajouter le peu d'intérêt porté par les textes napoléoniens à l'action du ministère public en matière civile en sorte que la solution à donner à certains problèmes susceptibles de se poser en cette matière n'a même pas été prévue (144) et la très grande importance attachée, au contraire, par ces mêmes textes à la poursuite sur l'initiative de la victime, qui fait que certaines prérogatives du ministère public agissant en matière répressive ne sont envisagées que par rapport à celle-ci (145). Rien d'étonnant, dès lors, à ce que le ministère public suscite des problèmes.

N° 47. — La définition sommairement donnée du ministère public tel qu'il est présenté par les ouvrages classiques (146) faisait apparaître deux ordres de difficultés. Il se pose, tout d'abord un problème institutionnel qui tient à l'incertitude de la nature du ministère public. Il se pose ensuite, un problème de fonction qui tient à la complexité des attributions qui lui sont confiées. Ces deux problèmes, bien que liés, ne sont cependant pas contemporains. Le premier est traditionnel et résulte des textes du droit intermédiaires repris sur ce point par les textes napoléoniens ; le second n'est apparu que plus tard, et progressivement, au

(141) Locre, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français, 1827, v. essentiellement, t. 24, p. 148 et s. ; p. 405 et s. ; p. 562 et s. ; t. 25, p. 130 et s.

(142) Sur le rôle respectif de ces différents textes pour l'organisation du ministère public, v. ci-dessous, n° 51.

(143) V. ci-dessous, n°s 203 et s.

(144) V. ci-dessous, n°s 134 et s.

(145) V. ci-dessous, n°s 303 et s.

(146) V. ci dessus, n° 6.

cours de l'application du Code d'instruction criminelle ; tous deux se posent cependant avec davantage d'intensité depuis 1958 alors qu'un nouveau Code de procédure pénale et de nouvelles lois d'organisation judiciaire ont remplacé le Code d'instruction criminelle et la grande loi du 20 avril 1810.

§ 1. — L'ETENDUE DES PROBLEMES POSES PAR LE MINISTERE PUBLIC : NATURE INCERTAINE ET COMPLEXITE DES FONCTIONS

N° 48. — On sait que depuis le droit intermédiaire, « les officiers du ministère public sont les agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux » (147). Cette formule, sans être reprise en termes aussi catégoriques, est, malgré tout, celle qui anime tous les textes postérieurs d'organisation judiciaire et de procédure pénale ou civile, dans la mesure où ils traitent du ministère public et spécialement le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 avril 1810. C'est à ce titre qu'on a pu dire des officiers du ministère public qu'ils se rapprochent des fonctionnaires et ce rapprochement se manifeste à trois points de vue. Quant au déroulement de leur carrière, les officiers du ministère public sont, en principe, nommés, révoqués, sanctionnés librement par le Garde des sceaux (148). Quant à leur organisation, chacun prend, dans une hiérarchie scrupuleusement établie, une place bien définie (149). Quant à leur activité, même judiciaire, enfin, les officiers du ministère public sont, dans une certaine mesure au moins, soumis à leurs supérieurs hiérarchiques et en dernier ressort au Garde des sceaux dont ils doivent exécuter les ordres tandis que le gouvernement répond, devant le parlement, de l'action de ces officiers par le biais de la responsabilité ministérielle qui peut être mise en jeu à leur propos (150).

Mais voilà que ces représentants du gouvernement, nommés et révocables par lui, soumis dans leur action à sa volonté et dont il doit répondre, se recrutent comme les magistrats du siège et parmi eux, cette magistrature leur conférant une certaine indépendance par rapport à la soumission que leur impose leur premier caractère. Cela ne laisse pas de surprendre.

En dépit de quelques hésitations sur la mise en œuvre de ce double caractère, la nature juridique du ministère public n'a cependant subi aucune modification depuis 1810. Ses attributions se sont, au contraire, accrues ou modifiées qu'il s'agisse de ses attributions extra-judiciaires ou de son rôle fondamental en matière répressive.

N° 49. — L'activité du ministère public a toujours débordé le cadre de la stricte action judiciaire pour s'exercer aussi dans le domaine administratif. Un arrêt récent du Conseil d'Etat a d'ailleurs reconnu clairement au ministère public la qualité d'autorité administrative en refusant de se prononcer sur la légalité de la révocation d'un curateur

(147) Article 1, titre 8, décret-loi des 16-24 août 1790.
(148) V. ci-dessous, n°s 60 et s.
(149) V. ci-dessous, n°s 81 et s.
(150) V. ci-dessous, n°s 106 et s.

aux successions vacantes d'Algérie par le procureur général d'Alger, aux motifs qu'il ne lui appartenait pas de connaître de cette décision parce que « le procureur général d'Alger n'avait pas agi comme autorité administrative », ce qui signifie, *a contrario*, qu'il possède quelquefois cette qualité d'administrateur (151).

1° Les tâches d'administration du ministère public n'étaient pas, à l'origine, étrangères à la marche de la justice. Si, selon Mangin, « un procureur général doit essentiellement être un administrateur », sa mission administrative consiste surtout « à surveiller, à diriger, l'administration de la justice » (152). C'est en ce sens qu'on peut dire avec Roux que le représentant du ministère public est « en quelque sorte l'avoué de la justice » (153).

Cette tâche habituelle est d'ailleurs conservée par le Code de procédure pénale qui continue à charger le ministère public d'une triple mission d'exécution des décisions prises par les différentes autorités de justice, de transmission des pièces d'une juridiction à une autre et de signification des décisions aux parties intéressées. A l'issue de l'information devant le juge d'instruction, par exemple, c'est le procureur de la République qui transmet le dossier à la juridiction chargée de juger, s'il s'agit d'un délit ou d'une contravention (art. 180 C.P.P.) ou au procureur général, afin de saisir la chambre d'accusation, s'il s'agit d'un crime (art. 181 C.P.P.) ; c'est encore lui qui fait signifier aux parties les ordonnances du juge d'instruction (art. 183 C.P.P.). En cas d'appel d'une de ces ordonnances, le dossier est acheminé par l'intermédiaire du procureur de la République et du procureur général qui met l'affaire en état (art. 194 C.P.P.) et avertit les parties de la date de l'audience (art. 197 et 208 C.P.P.). Après la décision de la chambre d'accusation, c'est le procureur général qui fait « sans délai » retour du dossier au juge d'instruction (art. 207 C.P.P.) et porte à la connaissance des parties intéressées les arrêts susceptibles d'un pourvoi en cassation (art. 217 C.P.P.).

Mais, si ce rôle d'avoué s'exerce à l'occasion d'une action en justice, il faut bien insister sur le fait qu'il est absolument indépendant de la part prise par le ministère public dans cette action, et qu'il s'agit uniquement d'une tâche d'administration remplie à propos d'une action judiciaire. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu juger que le ministère public devait continuer à remplir ses fonctions d'agent de transmission et d'exécution alors même que, l'action publique étant éteinte par l'amnistie et la juridiction intéressée n'étant plus saisie que de l'action civile, il était sans intérêt pour agir :

> « Attendu qu'il appartient au ministère public de concourir en ce qui se rattache à ses fonctions, à l'accomplissement des formalités nécessaires pour mettre l'affaire en état ; qu'à ce titre et bien que l'action publique soit éteinte le procureur général remplit l'attribution de son office, lorsque... il fait assigner à sa propre requête les parties à comparaître devant la cour... » (154).

(151) Roffe, C.E. 11 mai 1953, S. 1953, 3, 1, note A. de Laubadère.
(152) Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle, 1837, t. 1, n° 106.
(153) Cours de droit criminel français, 2e éd., 1927, t. 2, p. 45.
(154) Cass. Crim. 20 mars 1903, S. 1904, 1, 425, note Roux.

2° D'un autre côté et de plus en plus fréquemment, on a pu voir le ministère public chargé de faire face à des travaux exclusivement administratifs. Le procureur de la République fait alors figure d'« agent local du Ministre de la Justice » (155). Le ministère public se présente à l'interprète comme une autorité à tout faire : dès qu'une tâche d'intérêt général apparaît comme trop importante ou trop délicate pour être confiée à un quelconque commis de ministère, on en alourdit le fardeau déjà bien pesant des parquets. C'est ainsi que le ministère public sert de boîte à lettres et de facteur pour certaines significations, instruit des requêtes adressées au chef de l'état, par exemple pour les changements de nom et les dispenses d'âge en matière de mariage ou encore donne son avis sur les demandes d'assistance judiciaire ; protège les incapables, les absents et les faibles ; surveille les prisons mais aussi l'état civil et la nationalité, les séquestres, l'enseignement privé, la presse, les faillites et les liquidations judiciaires, les auxiliaires de justice... les alcooliques et les débits de boisson (156). Il est alors bien difficile d'admettre, en dépit des louables efforts de certains (157) qu'il y ait dans cette énumération encore très incomplète, autre chose qu'un fatras hétéroclite.

A côté de ce qu'on peut se borner à noter en considérant qu'il s'agit d'un véritable détournement de la fonction, il faut surtout retenir une certaine évolution dans le rôle purement judiciaire et répressif du ministère public.

N° 50. — « C'est déjà une immense prérogative (que d'être partie poursuivante)..., il faut bien se garder d'y ajouter encore le droit de s'immiscer dans la fonction du juge » déclarait, en 1808, Cambacérès au Conseil d'Etat (158). Il semble bien effectivement, que cette conception domina au cours des discussions et fut finalement consacrée par le Code d'instruction criminelle. Si le ministère public y est une partie, privilégiée peut-être, il n'est que cela. Le rôle du ministère public devait néanmoins, durant les cent cinquante années d'application du Code d'instruction criminelle, dépasser singulièrement les bornes qu'on lui avait originairement imposées.

Usant, d'une part, des pouvoirs d'investigations que le Code d'instruction criminelle leur reconnaissait en cas de crime flagrant, mais aussi, s'attribuant le droit de procéder, dans les autres cas, par l'intermédiaire des officiers de police judiciaire dont ils avaient la direction, à des enquêtes « officieuses », les officiers du ministère public ont tendu de plus en plus, pour reprendre l'expression de Cambacérès, à « s'immiscer dans les fonctions du juge d'instruction ».

---

(155) B. Salingardes, Juris-classeur de procédure pénale, articles 39 à 44.

(156) M. Rolland, Le ministère public, agent non seulement de répression mais de prévention, *J.C.P.*, 1957, I, 1342 ; — J.-B. Herzog, Le rôle du parquet dans l'assainissement des professions industrielles et commerciales, *R.S.C.*, 1963, 852.

(157) R. Hayoit de Termicourt, Discours cité, *Rev. Dt Pén.*, 1935, 961 ; — M. Rolland, ét. citée, *J.C.P.*, 1956, I, 1271 et 1281 ; 1957, I, 1342.

(158) Locre, ouv. cité, t. 25, p. 146.

D'un autre côté, les officiers du ministère public ont vite pris l'habitude de ne pas poursuivre toutes les infractions qui étaient portées à leur connaissance et de « classer sans suites » un nombre considérable d'affaires, non seulement pour des raisons juridiques mais aussi pour de simples considérations d'opportunité. Ce faisant, les officiers du ministère public ne se bornent pas à donner une qualification juridique aux agissements qui lui sont rapportés et à requérir qu'il leur soit fait application de la loi pénale. Pour décider de l'opportunité de la répression (159), le ministère public doit connaître de l'affaire « au fond », exactement comme le ferait le juge de jugement et prendre une décision qui s'apparente à celles que rend ce dernier et l'on peut dire, alors, que le ministère public « s'immisce dans la fonction du juge de jugement ».

Il n'y a là, évidemment, qu'une approximation et nous verrons que l'on a beaucoup discuté, en particulier, le problème de savoir si les actes accomplis par le procureur de la République, ou sous sa direction, dans le cadre des enquêtes de police, sont ou non des actes d'instruction au sens strict du terme (160). Notre propos est différent. Il s'agit moins, pour nous qui cherchons à éclairer la nature profonde de la fonction du ministère public, de qualifier juridiquement les actes des officiers du ministère public, que de constater que le processus de pensée et d'action de ces agents peut être beaucoup plus proche, souvent, de celui des juges d'instruction et de jugement, que de celui de la partie poursuivante qu'avaient instaurée les textes de 1808.

Tel est, en tous cas, le ministère public dont avaient à connaître les rédacteurs des nouveaux textes.

§ 2. — LA SOLUTION DONNEE PAR LE CODE DE PROCEDURE PENALE ET LES ORDONNANCES DE 1958 AUX PROBLEMES QUE POSE LE MINISTERE PUBLIC

N° 51. — Les textes d'organisation judiciaire posent les principes généraux de la matière qu'ils envisagent et s'appliquent à l'ensemble des institutions ainsi réglementées en l'absence de textes particuliers. Les textes d'ordre procédural, qu'il s'agisse de procédure pénale ou de procédure civile appliquent au domaine qui leur est propre les principes ainsi définis, et leurs dispositions doivent prévaloir sur les premières dans la mesure où elles sont plus précises, en vertu de la règle « *specialia generalibus derogant* ».

D'une façon générale, nous l'avons dit (161), le Code de procédure civile s'est peu préoccupé de l'action du ministère public, alors que la nécessité et l'importance de son rôle en matière répressive font que le siège des principales dispositions le concernant est actuellement le Code de procédure pénale, comme il était antérieurement le Code d'instruction criminelle.

(159) Sur le sens et l'emploi de cette expression, v. ci-dessous, n° 291.
(160) V. ci-dessous, n°s 218 et s.
(161) V. ci-dessus, n° 46.

Pratiquement, on peut donc dire que l'organisation et le fonctionnement du ministère public en matière civile sont prévus et réglés par les textes d'organisation judiciaire anciens et nouveaux, tandis que son rôle en matière répressive est précisé par les textes du Code de procédure pénale remplaçant le Code d'instruction criminelle.

N° 52. — Nous n'insisterons pas sur l'élaboration du nouveau Code de procédure pénale (162). On sait qu'après l'abandon d'un projet de la commission Dufaure (1879), d'un projet de la commission Matter (1938), d'un projet de la commission Donnedieu de Vabres (1949), une commission d'études pénales législatives fut réunie, sous la présidence de M. Besson, alors procureur général près la Cour de cassation (un représentant du ministère public), et composée à une forte majorité de praticiens, ce qui explique selon nous, certaines imperfections du Code de procédure pénale, qui auraient, sans doute, été évitées par une plus juste représentation de la Faculté, moins obsédée de problèmes matériels, mais plus soucieuse des exigences de l'orthodoxie juridique. On sait aussi, que le code fut élaboré selon deux procédures bien différentes : le titre préliminaire et le livre premier selon la procédure législative normale avec débats parlementaires, les livres suivants promulgués par voie d'ordonnances sans discussion parlementaire. On sait, enfin, dans quel climat défavorable est intervenue la mise en application du Code de procédure pénale et que de nombreuses ordonnances lui ont apporté des modifications sensibles (163).

Les circonstances politiques permirent, en second lieu, la promulgation, en date du 22 décembre 1958, de plusieurs textes relatifs à l'organisation judiciaire et dont le principal est l'ordonnance n° 58.1270. Il est donc intéressant d'étudier la position prise par les nouveaux textes à l'égard des problèmes posés par le ministère public au moment de leur élaboration.

N° 53. — Quant à l'institution du ministère public, les rédacteurs du Code de procédure pénale ont entendu affirmer son « éminente dignité » (164) ainsi que l'expriment, du point de vue terminologique, les articles qui ont pris le plus grand soin de distinguer les officiers du ministère public des fonctionnaires investis à titre exceptionnel de l'exercice de l'action publique, d'une part (165), et des autres parties au

---

(162) R. Vouin, Le Code de procédure pénale, *J.C.P.*, 1959, I, 1477.

(163) R. Vouin, L'application du Code de procédure pénale et le malheur des temps, *R.S.C.*, 1962, 62.

(164) R. Vouin, Le procureur de la République et ses problèmes, dans Mélanges de droit, d'histoire et d'économie, offerts à Marcel Laborde-Lacoste, 1963, p. 459.

(165) Article 1 du Code d'instruction criminelle : « L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi ».

Article 1 du Code de procédure pénale : « L'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi ».

procès, d'autre part (166). Mais « la situation (du ministère public) reste troublante et plus d'une question reste posée dans le cas de ce représentant du ministère public qui est l'objet de tant d'égards et de précisions » (167). L'« éminente dignité » qui lui est reconnue est, en effet, essentiellement liée par le Code de procédure pénale et les ordonnances de 1958 à une idée de subordination et de hiérarchie et, pour nous en tenir provisoirement à la terminologie consacrée (168), les officiers du ministère public sont plus que jamais, dans les textes récents, des « fonctionnaires ».

C'est ce que nous essaierons de montrer, dans une première partie, consacrée au problème institutionnel du ministère public.

N° 54. — La conception d'un « ministère public - fonctionnaire » qui triomphe dans les textes nouveaux ne pouvait pas, d'autre part, rester sans exercer une influence immédiate sur l'idée que le Code de procédure pénale devait se faire de la fonction judiciaire du ministère public. Fonctionnaire, le ministère public doit être un officier d'action et c'est en ce sens que l'évolution qu'a subie depuis cent cinquante ans, la fonction judiciaire du ministère public, est confirmée ou infirmée par le nouveau code.

C'est ce que nous verrons dans une seconde partie consacrée au problème fonctionnel du ministère public.

(166) Quand les rédacteurs originaires du Code de procédure pénale s'étaient bornés à envisager les « parties », sans distinction, des ordonnances postérieures sont venues réparer ce qu'elles estimaient être une erreur. V. par exemple l'article 333 dans sa rédaction originaire et dans la rédaction que lui a donnée l'ordonnance du 4 juin 1960.

(167) R. Vouin, ét. citée, dans Mélanges offerts à Marcel Laborde-Lacoste, p. 459.

(168) V. ci-dessous, n°s 55 et 181.

PREMIÈRE PARTIE

L'INSTITUTION

INTRODUCTION

POSITION DES PROBLEMES

N° 55. — Les auteurs déclarent traditionnellement qu'il faut distinguer chez les officiers du ministère public deux caractères différents. Leurs écrits ne concordent pas, cependant, sur les appellations susceptibles de matérialiser la dualité des qualités qu'ils croient découvrir chez les officiers du ministère public. Les uns opposent l'agent du pouvoir exécutif (ou du gouvernement) au représentant de la société (169) ou de l'intérêt général (170), ce qui ne veut pas dire grand'chose. Les autres pensent que le représentant du ministère public est à la fois l'agent immédiat du gouvernement et le dépositaire principal de l'action publique (171), ce qui n'est qu'une vision partielle de pénaliste. Mais la plus grande partie des auteurs considère que les officiers du ministère public sont à la fois des fonctionnaires et des magistrats (172).

Cette double qualification, qui est devenue traditionnelle, n'est peut-être pas, cependant, entièrement satisfaisante, car elle ne laisse voir qu'une partie des problèmes que soulève l'institution du ministère public. Lorsque la doctrine dominante résume le problème institutionnel du ministère public en disant que les membres du parquet sont à la fois des fonctionnaires et des magistrats, cette terminologie est convenable, en premier lieu, pour désigner la situation statutaire des officiers du ministère public, mais elle ne suffit pas à mettre en lumière le problème qui est de beaucoup le plus important : le problème strictement juridique de la liberté d'action des officiers du ministère public dans l'exercice de leurs attributions judiciaires. Dire, en second lieu, que les officiers du ministère public sont fonctionnaires montre bien qu'ils sont soumis en quelque manière au pouvoir central, mais n'implique pas nécessairement qu'ils ont les uns à l'égard des autres des liens hiérarchiques. Quatre questions méritent ainsi d'être examinées deux à deux.

---

(169) Henrion de Pansey, ouv. cité, t. 1, p. 303.

(170) Morel, ouv. cité, n° 157.

(171) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 487 ; — Trébutien, Cours élémentaire de droit criminel, 2e éd., 1884, t. 2, p. 79.

(172) Reverchon, De l'indépendance du ministère public dans l'exercice de ses fonctions, *Le droit*, 8, 9, 10 février 1869 ; — R. Vouin, ét. citée, *J.T.*, 1953, 81 ; — et tous les auteurs contemporains.

Section I. — LE STATUT DES OFFICIERS ET L'ACTION DU MINISTERE PUBLIC

N° 56. — La doctrine classique n'a jamais bien distingué les deux questions de l'autonomie de l'homme et de la liberté des actes et elle analyse même, au contraire, la seconde à la lumière de la première. Cette façon de voir ne peut cependant être retenue, à la fois parce qu'elle témoigne, en raison, d'une confusion regrettable, et parce qu'elle situe sur le même plan deux questions dont l'importance et la complexité sont sans commune mesure. L'aspect statutaire de l'organisation du ministère public, qui ne présente aucune difficulté particulière, peut être éliminé dès l'abord, tandis que les problèmes juridiques que suscite cette organisation méritent de retenir plus longtemps l'attention.

§ 1. — LE PARTICULARISME DE LA SITUATION STATUTAIRE DES OFFICIERS DU MINISTERE PUBLIC

N° 57. — Les officiers du ministère public sont magistrats en ce qu'ils appartiennent au corps judiciaire, ils sont fonctionnaires dans la mesure où leur régime disciplinaire les place à la discrétion du gouvernement. Cette complexité du statut des membres du parquet n'est pas nouvelle, et la situation statutaire des officiers du ministère public n'a jamais été identique à celle des autres membres des Cours de justice.

A) La Situation statutaire des Officiers du Ministère public, dans l'ancien Droit

N° 58. — Dans l'ancien droit, les charges des gens du Roi furent, parmi les office de judicature, les dernières à devenir vénales. Jusque-là, le recrutement des officiers du ministère public connut bien des vicissitudes.

A l'origine, les avocats et les procureurs généraux étaient « pourvus de leurs estats gratuitement par le Roi » qui les choisissait selon son bon plaisir, mais ils furent ensuite et successivement : choisis par le Roi parmi trois candidats présentés par le parlement ; élus directement par le parlement à partir d'une ordonnance de janvier 1400 ; nommés de nouveau directement par le Roi sous Charles VIII (173). Pendant la même période, le recrutement du personnel subalterne des parquets était réglé par une ordonnance d'octobre 1351 (174). Celle-ci avait autorisé les procureurs à s'adjoindre des substituts qu'ils payaient et choisissaient à leur gré, sans pouvoir, cependant, les révoquer selon leur bon plaisir, car, « seroit grand préjudice à la chose publique et de mauvaise conséquence de permettre aux procureurs du Roy de substituer

(173) Aubert, ouv. cité, p. 143 et s.
(174) Aubert, ouv. cité, p. 143.

et destituer qui bon leur sembleroit, et en faire comme au plus offrant » déclare le Parlement dé Paris (175). « En faire comme au plus offrant » était un privilège royal, et un édit d'Henri III, de mai 1586, fit de ces substituts des officiers du Roi « pour rendre l'expédition de la justice brève et prompte au soulagement du pauvre peuple ». L'évolution fut la même en ce qui concerne les procureurs et avocats du Roi auprès des juridictions inférieures qui furent nommés par le procureur général jusqu'à un édit de François Ier qui vint en faire des officiers royaux (176).

Il faut donc attendre la fin du XVIe siècle pour que les charges des avocats, des procureurs et de leurs substituts deviennent vénales, mais cela ne durera pas bien longtemps car nous avons déjà dit que dès le XVIIe siècle, le Roi s'emploie à racheter certaines de ces charges (177). Les charges des gens du Roi seront aussi, en principe, déclarées héréditaires, comme toutes les charges de judicature, par l'arrêté du Conseil privé du 7 décembre 1604 qui institue la paulette, mais cette solution ne s'appliquera jamais sans réserves aux charges du parquet (178).

N° 59. — Si donc le recrutement des gens du Roi diffère profondément de celui des autres membres des parlements et tribunaux, leur régime disciplinaire s'en rapproche, au contraire, totalement. Tous sont inamovibles, encore que les actes qui les investissent de leurs fonctions portent les mots « tant qu'il nous plaira », habituelle coquetterie du Roi de France. L'inamovibilité n'était, en réalité, susceptible que de trois atteintes : la forfaiture qui n'appelle aucun commentaire ; la suppression d'office qui s'accompagnait, en principe, d'un rachat de la charge ; et la mort du Roi qui, au moins en droit, entraînait l'extinction de tous les offices, tandis qu'en fait, les officiers étaient confirmés dans leurs charges contre paiement d'un droit (179). Denisard affirme : qu'« on ne connaît point d'exemple de révocation des pouvoirs donnés aux avocats généraux en remontant aux temps les plus reculés : ce qui donne lieu de penser qu'ils ont été, dès l'origine, inamovibles comme les autres membres du parlement » (180). M. Kubler donne, toutefois, l'exemple d'un procureur général destitué le 30 mars 1479. Mais à la faveur de la mort du Roi Louis XI, la décision de destitution ne fut pas appliquée. De toute façon, il existe aussi des exemples de destitution de magistrats du siège et il n'y a, de ce point de vue, aucune différence entre le siège et le parquet (181).

(175) Arrêt du 20 juillet 1499, au profit d'un substitut de Chaumont, rapporté par Guyot, thèse citée, p. 110.
(176) Muyard de Vouglans, ouv. cité, p. 581 et les textes rapportés en note.
(177) V. ci-dessus, n° 25.
(178) V. ci-dessus, n° 25.
(179) J. Kubler, L'origine de la perpétuité des offices royaux, thèse, Nancy, 1958, p. 175 et s. et 233 et s.
(180) Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence, 1771, v° ministère public, n° 5.
(181) Thèse citée, p. 197 et s. et, en particulier, p. 201.

B) La Situation statutaire des Officiers du Ministère public en Droit positif

N° 60. — Aujourd'hui, et après la période du droit révolutionnaire qui connut la coexistence de l'élection avec inamovibilité et de la nomination directe avec inamovibilité toujours, la situation est totalement inversée par rapport à l'ancien droit : si la carrière des membres de la magistrature debout et de la magistrature assise se déroule de la même façon, leurs régimes disciplinaires sont totalement différents.

1° *Recrutement et déroulement de la carrière.*

N° 61. — Ce serait un lieu commun de rappeler que, si les magistrats du siège sont nommés après avis du conseil supérieur de la magistrature, alors que les magistrats du parquet le sont directement par décret du président de la République, sur proposition du Garde des sceaux, leur mode de recrutement est identique :

> « Ils prêtent le même serment,... sont soumis aux mêmes incompatibilités, incapacités et interdictions, ainsi qu'aux mêmes obligations et devoirs professionnels,... peuvent aussi être récusés et pris à partie » (182).

Un même magistrat peut, enfin, au cours de sa carrière, passer du siège au parquet et du parquet au siège.

N° 62. — Cette appartenance des officiers du ministère public à la magistrature a été encore accentuée par les textes récents. L'ordonnance n° 58.1270 du 22 décembre 1958, portant statut de la magistrature, s'ouvre par un article premier qui affirme solennellement l'unité du corps judiciaire :

> « Le corps judiciaire comprend les magistrats du siège et du parquet de la Cour de cassation, des Cours d'appel et des Tribunaux de première instance... ».

Ce principe établi, les conséquences logiques en sont tirées par divers textes qui consacrent l'association des magistrats du siège et du parquet au sein des divers organismes chargés de régler le déroulement de leur carrière. C'est ainsi que l'article 34 de l'ordonnance n° 58.1270, décide que l'avancement des magistrats se fera dans l'ordre d'un tableau d'avancement dressé par une commission dite « de l'avancement », nouvellement créée, qui sera commune aux magistrats du siège et du parquet et sera composée entre autres membres, de magistrats appartenant, par moitié, au siège et au parquet. Dans le même ordre d'idées, l'article premier de l'ordonnance n° 58.1272, du 22 décembre -1958, relative au conseil supérieur de la magistrature, porte que désormais, celui-ci comprendra un avocat général à la Cour de cassation, alors que le conseil supérieur, tel qu'il était constitué jusqu'en 1958, ne comprenait aucun magistrat du parquet. Ces modifications ont fait

(182) H. Solus et R. Perrot, ouv. cité, t. 1, n° 848.

dire à certains commentateurs que « le ministère public pourrait acquérir dans cette voie, le bénéfice de toutes les garanties que comporte le statut de la magistrature et dont une partie lui fait encore défaut » (183). Mais il y a encore, semble-t-il, beaucoup à faire dans cette voie, car les textes récents ne changent à peu près rien au régime disciplinaire des officiers du ministère public qui peut faire dire de ceux-ci qu'ils sont des fonctionnaires.

2° *Régime disciplinaire.*

N° 63. — Il serait superflu de rappeler que les magistrats du siège, qui sont inamovibles, ne peuvent être déplacés, même en avancement, sans y avoir consenti (art. 4, ord. n° 58.1270) et ne peuvent se voir appliquer une sanction disciplinaire que par le conseil de discipline des magistrats du siège, formation du conseil supérieur de la magistrature (art. 13 et 14, ord. n° 58.1272). Le régime auquel sont soumis les officiers du ministère public est bien différent.

L'autorité disciplinaire, pour les magistrats du parquet est le Garde des sceaux, mais cette autorité est exercée avec un absolutisme qui ne se retrouve avec autant de rigueur dans le statut d'aucun fonctionnaire de l'ordre administratif. La décision que prend le Garde des sceaux et qui peut aller jusqu'à la révocation, est, en effet, tout à fait libre. Certes, elle n'est plus entièrement discrétionnaire depuis que deux décrets des 5 juin 1934 et 10 janvier 1935 ont institué une commission de discipline du parquet chargée de donner un avis sur la sanction envisagée. Mais cet avis, qui reste purement consultatif, ne lie pas le Garde des sceaux qui peut toujours prendre une sanction plus sévère que celle qui est proposée. Mais ce qui est plus grave, c'est que la sanction que prononce le ministre n'est susceptible d'aucun contrôle juridictionnel ainsi qu'en témoigne l'arrêt rendu par le conseil d'état dans une affaire récente (184).

N° 64. — Des troubles sociaux assez importants s'étant produits dans le nord de la France, le Garde des sceaux avait adressé aux procureurs généraux une circulaire invitant les procureurs de la République à exercer une répression sévère. L'un d'eux, qui dirigeait des poursuites à l'occasion de violences exercées au cours d'une grève, n'use pas de la procédure de flagrant délit et ne s'oppose pas à la mise en liberté provisoire de certains prévenus, contrairement aux instructions qu'il avait reçues. Le Garde des sceaux prend contre lui une sanction disciplinaire, mais le procureur rétrogradé saisit le Conseil d'Etat d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret du Garde des sceaux, en prétendant que les faits qui lui sont reprochés n'ont pas le caractère d'une faute disciplinaire. Le Conseil d'État répond en deux temps à cette

(183) P. Hébraud, Justice 59, I, l'autorité judiciaire, *D.*, 1959, chr., p. 77.
(184) Dorly, 26 juin 1953, *S.*, 1954, 3, 1, note A. de Laubadère ; *J.C.P.*, 1953, II, 7810, note L. Cartou ; *R.T.D. Civ.*, 1954, 144, obs. P. Hébraud.

requête : il veut bien admettre la recevabilité du recours, mais il se déclare incompétent pour statuer au fond :

> « Considérant que l'examen de la question ainsi soulevée implique nécessairement l'appréciation d'actes accomplis par le requérant dans l'exercice des pouvoirs d'ordre judiciaire attachés à ses fonctions de procureur de la République et entrant ainsi dans le fonctionnement du service judiciaire ; que l'appréciation d'actes de cette nature échappe au contrôle du juge administratif ».

Cette décision, bien que prise contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement (185), a été généralement considérée comme conforme à la logique juridique. Le Conseil d'Etat ne pouvait, en effet, s'interroger sur la qualification juridique à donner aux faits reprochés au procureur de la République rétrogradé, sans connaître des poursuites qu'il avait engagées, ce qui aurait été indiscutablement contraire au principe traditionnel de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire. On sait, qu'en vertu de ce principe, le Conseil d'Etat veut bien se prononcer sur les recours concernant l'organisation du service judiciaire, mais se déclare incompétent pour juger de tout ce qui touche à son fonctionnement. Appliquée au cas particulier qui nous occupe, cette règle permet au Conseil d'Etat de juger de la légalité des sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des officiers du ministère public pour des fautes d'ordre personnel, des manquements « à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité » (art. 43, ord. 58.1270), elle ne lui permet pas de juger de la question de savoir si le fait pour un officier du ministère public de ne pas se conformer, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, aux ordres qu'il a reçus de ses supérieurs, constitue ou non une faute disciplinaire, car une pareille appréciation suppose un droit de regard sur le fonctionnement du service judiciaire. Si donc, l'arrêt Dorly a soulevé autant de polémiques, ce n'est pas parce qu'il était, en soi, critiquable, mais parce que les principes qui l'avaient logiquement inspiré étaient ainsi brusquement remis en lumière :

> « Cette situation est grave et paradoxale... à peu près seuls entre les agents publics, les magistrats du parquet sont privés de... garantie. Les fonctionnaires assujettis à la discipline la plus stricte... peuvent toujours faire le Conseil d'Etat juge du point de savoir si les faits qui leur sont reprochés ont ou non le caractère fautif... la situation des magistrats du parquet, au regard de la répression disciplinaire, est ainsi unique dans son anachronisme » (186).

N° 65. — Les textes récents s'inscrivent dans la même ligne, sauf deux atténuations de détail, à la vérité peu importantes. Le Garde des sceaux reste la seule autorité disciplinaire pour les officiers du ministère public (art. 48, ord. n° 58.1270) et la faute disciplinaire continue à s'apprécier pour eux, « compte tenu des obligations qui découlent de la subordination hiérarchique » (art. 43, ord. n° 58.1270). Seul le rôle de la commission de discipline du parquet est un peu étendu, en même temps que l'importance des avis qu'elle émet se trouve légèrement accrue.

---

(185) Conclusions Mosset, *Le Pouvoir Judiciaire*, juillet 1953.
(186) G. Vedel, le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires frappant les magistrats du parquet, *Le Pouvoir Judiciaire*, octobre 1953.

Le Garde des Sceaux est, désormais, obligé de saisir la commission de discipline du parquet toutes les fois qu'il entend prononcer une sanction, alors qu'avant 1958, le recours à l'avis de la commission consultative n'était nécessaire qu'avant une révocation (art. 59, ord. 58.1270). Il garde, d'autre part, le droit de prendre une sanction plus grave que celle que prévoit l'avis de la commission, mais il doit, dans cette hypothèse, saisir à nouveau la commission de son projet de décision, projet motivé, et celle-ci émet un nouvel avis qui est versé au dossier du magistrat intéressé (art. 66, ord. n° 58.1270). Mais tout cela est sans grand intérêt pratique, puisque la jurisprudence Dorly restant valable, nul autre que l'officier du ministère public sanctionné ne pourra connaître de son dossier.

Les textes récents témoignent donc, en ce qui concerne la discipline des officiers du ministère public d'un conservatisme indiscutable dont les travaux préparatoires les avaient, cependant, invités à se départir. L'article 77 de l'avant-rapport présenté à la commission de la justice de l'Assemblée Nationale par M. Minjoz prévoyait, en effet, que : « à l'exception de la réprimande avec inscription au dossier, aucune sanction ne peut être prononcée contre un magistrat du parquet sans un avis conforme et motivé de la commission consultative des parquets statuant disciplinairement » (187).

Il faut donc avoir toujours présente à l'esprit, l'idée qu'un officier du ministère public qui n'exécute pas un ordre, quel qu'il soit, donné par un de ses supérieurs hiérarchiques, est passible des sanctions disciplinaires strictes et incontrôlées que nous avons définies. Mais cette considération ne doit avoir aucune influence pour l'étude, beaucoup plus délicate, de la situation des officiers du ministère public à l'égard de leurs supérieurs hiérarchiques, dans l'exercice de leurs attributions judiciaires, envisagée au strict point de vue juridique.

§ 2. — L'ABSENCE D'INFLUENCE RECIPROQUE DE LA SITUATION STATUTAIRE ET DE LA SITUATION JURIDIQUE DES OFFICIERS DU MINISTERE PUBLIC

N° 66. — On aurait pu concevoir que le Garde des sceaux bénéficiât simplement d'un droit de surveillance disciplinaire sur la personne des officiers du ministère public, et telle était bien la situation lorsque l'article 3 de la loi du 10 vendémiaire an IV, prévoyait que : « le Ministre de la Justice donne... tous les avertissement nécessaires et veille à ce que la justice soit bien administrée, sans pouvoir connaître du fond des affaires » (188). Mais, à tort ou a raison, le droit positif accorde aussi aux supérieurs hiérarchiques des officiers du ministère public, un droit de direction qui tend à exercer une influence sur les actes accomplis par le parquet dans l'exercice de ses attributions judiciaires. Il

(187) *Le Pouvoir Judiciaire,* janvier 1953.
(188) Merlin, Répertoire cité, v° Grand Juge, Ministre de la Justice.

importe, cependant, d'insister sur ce que ces deux pouvoirs, disciplinaire et juridique, sont rationnellement, tout à fait indépendants l'un de l'autre, encore que ce ne soit pas l'avis de la doctrine dominante qui affirme que « surveillance » et « direction » sont nécessairement liées et n'envisage jamais l'une sans l'autre (189). Les auteurs classiques voient dans la sujétion statutaire des officiers du ministère public le corollaire de leur subordination juridique (190) ou encore et à l'inverse, expliquent la subordination juridique par la soumission statutaire (191). Mais il y a là, dans tous les cas, une confusion (192).

A) Absence d'Influence de la Situation statutaire sur la Situation juridique, en Droit

N° 67. — On peut parfaitement concevoir que des officiers statutairement inamovibles aient à obéir, dans l'exercice de leurs fonctions, à des ordres de leurs supérieurs hiérarchiques, dans la mesure où cette faculté de leur donner des ordres a été expressément accordée à ces supérieurs par des textes, non équivoques, et dont la légalité n'est pas contestable. Ce n'est pas parce que les magistrats du siège sont inamovibles qu'ils peuvent se refuser à juger, ce n'est pas davantage parce que les officiers du ministère public seraient inamovibles qu'ils pourraient se soustraire à des ordres légaux.

A l'inverse, il est non moins évident que des officiers du ministère public librement amovibles et révocables, n'ont pas à déférer à des ordres manifestement illégaux de leurs supérieurs hiérarchiques. Certes, dans ce second cas, le gouvernement, qui a la libre disposition statutaire des officiers en question, peut, en cas de refus d'exécuter ces ordres, prendre contre les officiers récalcitrants, des sanctions injustifiées, mais il n'y aurait là qu'une violation de fait des principes que nous ne devons pas prendre en considération, et il n'en reste pas moins qu'intellectuellement, on peut parfaitement concevoir un ministère public statutairement assujetti et juridiquement autonome.

N° 68. — La confusion de la doctrine peut se comprendre dans la mesure où la sujétion statutaire et la subordination juridique sont apparues en même temps dans notre droit et s'y exercent concurremment.

---

(189) Mangin, ouv. cité, t. 1, n° 91 ; — Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 534.

(190) V. par exemple, Garraud, ouv. cité, t. 1, n° 85 : « La magistrature debout est amovible et révocable, c'est la conséquence même du caractère de l'institution : agents du pouvoir exécutif, chargés de veiller à l'exécution des lois et de requérir au nom du gouvernement, les membres du ministère public ne pourraient être inamovibles sans cesser de dépendre du chef de l'Etat ».

(191) V. par exemple, Garsonnet et César-Bru, ouv. cité, t. 1, n° 179 : « Tous les officiers du ministère public sont soumis au Garde des sceaux... il peut proposer contre eux... toutes les mesures que comporte leur amovibilité ; il est armé, à leur égard, d'un pouvoir absolu de discipline, il a le droit de leur adresser des injonctions afin qu'ils exercent ou s'abstiennent d'exercer l'action publique et l'action civile dans les cas où celle-ci leur appartient ; en cas de résistance, il peut provoquer leur changement de résidence ou leur révocation ».

(192) V. en ce sens l'opinion isolée de M. Hébraud, *R.T.D. Civ.*, 1954, 144 : « Le pouvoir complet de disposition du Garde des sceaux sur la personne des membres du ministère public n'est pas une conséquence technique inéluctable du principe de subordination. Il en est un prolongement et un renforcement ».

Elle s'explique aussi parce qu'elles exercent l'une sur l'autre une influence de fait. Lorsqu'un officier du ministère public n'exécute par un ordre reçu, sa personne devrait être passible d'une sanction disciplinaire et son acte d'une sanction juridique (pouvoir de substitution ou de réformation, exercice d'une voie de recours), mais comme les sanctions juridiques du pouvoir de direction du Garde des sceaux sont le plus souvent inexistantes ou peu efficaces, seules les premières sont appliquées, en réalité, et une vision superficielle permet de conclure que la direction juridique des supérieurs hiérarchiques des officiers du ministère public est sanctionnée disciplinairement et que l'existence d'un pouvoir disciplinaire sans limites postule celle d'une direction juridique générale. L'influence de fait s'exerce aussi dans l'autre sens : les officiers du ministère public, parce qu'ils craignent une sanction disciplinaire, sont enclins à exécuter d'une façon générale les ordres de leurs supérieurs hiérarchiques même si, juridiquement, ceux-ci excèdent leurs pouvoirs.

Ces considérations de fait ne font, cependant, qu'obscurcir la question, et la situation disciplinaire des officiers du ministère public que nous avons envisagée, doit être laissée de côté dans l'étude du seul véritable problème institutionnel du ministère public. Les officiers du ministère public sont soumis au gouvernement, mais ils sont aussi investis à titre personnel des attributions judiciaires qu'ils exercent, dans quelle mesure sont-ils indépendants dans l'exercice de leurs fonctions, dans quelle mesure sont-ils tenus d'exécuter les ordres qu'ils reçoivent du pouvoir central ? Ce sont les deux seules questions qui nous retiendront et la situation statutaire des officiers du ministère public ne sera d'aucune utilité pour les résoudre.

B) Absence d'Influence de la Situation juridique sur la Situation statutaire

N° 69. — Il est juste de remarquer en terminant, que la situation juridique des officiers du ministère public est également, et à l'inverse, totalement dépourvue d'influence sur la situation disciplinaire de ces officiers. On peut penser qu'étant donné la rigueur du droit positif sur ce point, un officier du ministère public, qui n'exécute pas un ordre donné par un supérieur hiérarchique, encourt une sanction disciplinaire même s'il avait juridiquement le droit de ne pas exécuter cet ordre (193) et même, croyons-nous, s'il en avait le devoir (194).

(193) V. ci-dessous, n°s 140 et s.

(194) V. ci-dessous, note 272 et également en ce sens, Garraud. ouv. cité, t. 1, n° 85 : « La révocation... peut les (les officiers du ministère public) frapper sans motifs ».

Section II. — LA SOUMISSION AU POUVOIR CENTRAL ET L'ORGANISATION HIERARCHIQUE DU MINISTERE PUBLIC

N° 70. — Nous avons dit qu'en droit positif, et depuis les textes révolutionnaires, le ministère public est placé, dans son ensemble, sous l'autorité du pouvoir exécutif, tandis que chacun de ses membres est hiérarchiquement subordonné à son supérieur immédiat : soumission au pouvoir central et organisation hiérarchique entraînant la dépendance ou la subordination (195), caractérisent ainsi l'institution du ministère public. Il faut bien voir, cependant, qu'il y a là deux choses différentes. On peut parfaitement concevoir que les officiers du ministère public soient, dans leur ensemble, soumis au pouvoir exécutif, sans que, pour cela, ils aient, entre eux, des liens de dépendance ou de subordination. On peut tout aussi bien concevoir, à l'inverse, que les officiers du ministère public soient organisés hiérarchiquement, sans que, pour autant, le dernier maillon de la chaîne soit un représentant du pouvoir exécutif. Il ne faut pour preuve de cette divisibilité que la vision de l'histoire. Si l'ancien droit et le droit révolutionnaire ont connu, en principe, la soumission des officiers du ministère public au pouvoir central, il est facile de montrer qu'ils ignoraient l'organisation hiérarchique du ministère public, encore que l'opinion contraire soit celle qui est le plus généralement défendue par les historiens (196).

---

(195) On parle habituellement, et d'une façon générale, de la « subordination hiérarchique » des officiers du ministère public, mais cela ne nous paraît pas montrer suffisamment toute la complexité d'une organisation où tous les officiers ne sont pas placés à l'égard de leurs supérieurs dans une position analogue. Il vaut mieux, à ce point de vue, distinguer entre « la dépendance hiérarchique », qui évoque l'idée d'une absence de pouvoir autonome, et indique que celui qui est ainsi dépendant ne peut agir que sur l'ordre et la délégation de son chef, et la « subordination hiérarchique », qui laisse penser que celui qui est dans cet état de subordination jouit, malgré tout, dans son action, d'une certaine marge de liberté.

A la vérité, cette différence terminologique a déjà été marquée, mais uniquement quant à la désignation de ceux qui remplissent ces diverses tâches et on oppose alors le « substitut » qui n'agit que sur délégation de son chef et le « subordonné » qui, sans être indépendant, peut, dans une certaine mesure, agir lui-même (Trébutien, ouv. cité, 1re éd., 1854, t. 2, p. 6). Mais ces qualifications ne nous paraissent pas entièrement satisfaisantes car nous verrons qu'on a pu discuter le problème de savoir si ceux que le Code d'instruction criminelle qualifiait expressément de substituts étaient, en réalité, dépendants ou subordonnés (V. ci-dessous, nos 83 et s.). Nous préférons donc, pour éviter toute ambiguïté, rompre avec une terminologie consacrée, mais insuffisante pour distinguer le « collaborateur » du « subordonné ».

Pour être complets, nous opposerons donc le collaborateur qui, parce que la loi ne tolère son action que dans la mesure où il bénéficie d'une délégation expresse ou tacite de son supérieur, est dans un état de dépendance hiérarchique, au subordonné qui, parce qu'il est investi directement par la loi d'un droit propre d'agir, n'est, à l'égard de son supérieur, que dans un état de subordination.

(196) Les historiens classiques considèrent, dans leur ensemble, que l'organisation hiérarchique du ministère public était, dans l'ancien régime, la même qu'aujourd'hui : Brissaud, ouv. cité, t. 1, p. 902 ; — Lepointe, ouv. cité, p. 487.

§ 1. — L'ANCIEN DROIT : ABSENCE D'ORGANISATION HIERARCHIQUE MAIS SOUMISSION AU POUVOIR CENTRAL

A) L'Absence d'Organisation hiérarchique

N° 71. — Il est certain que, vue de l'extérieur, l'organisation du ministère public d'ancien régime n'est pas sans rappeler la nôtre :

> « Près des parlements se trouvaient un procureur général avec ses substituts et deux, quelquefois trois avocats généraux... près de chaque siège présidial, de chaque bailliage ou sénéchaussée, de chaque prévôté, un procureur et des avocats du Roi. Une distinction analogue se rencontrait dans les justices seigneuriales » (197).

Mais, affirmer que le procureur du Roi était « au-dessus » du procureur fiscal du seigneur s'il était « au-dessous » du procureur général, lui-même soumis, « administrativement tout au moins », au Chancelier (198) ; affirmer aussi que dans chaque parquet le procureur était le chef incontesté et que le procureur général « avait la haute direction de la justice dans le ressort de son parlement » (199), c'est peut-être forcer la réalité et interpréter l'histoire à la lumière de la situation actuelle, ainsi qu'inclinent à le penser les formules infiniment trop modernes de M. Rousselet.

Une distinction s'impose, à ce propos, entre la situation des gens des seigneurs à l'égard des gens du Roi et la situation des officiers du ministère public les uns à l'égard des autres.

1° *Gens du Seigneur et gens du Roi.*

N° 72. — On ne voit pas comment, tout d'abord, les gens des seigneurs auraient pu être subordonnés aux gens du Roi étant donné qu'ils relevaient de deux autorités parallèles. Le seigneur, dans la mesure où il rend la justice, usurpe une partie des attributions royales, se comporte en souverain dans son domaine, exerce une autorité qui se situe sur le même plan que celle du Roi. Ses gens sont donc, à l'égard de ceux du Roi, dans une situation analogue. Certes, viendra un temps où les seigneurs seront soumis au pouvoir royal, mais ce temps verra disparaître pratiquement leur justice et avec elle notre problème. Au sein des juridictions royales, la situation est plus complexe et la discussion plus délicate.

2° *Les officiers du ministère public les uns à l'égard des autres.*

Il convient encore de distinguer entre la prétendue hiérarchie des officiers du ministère public de parquet à parquet sous la direction du Chancelier et la situation respective des officiers du ministère public au sein d'un même parquet.

a) La « hiérarchie » et le chancelier.

N° 73. — Quant à la subordination de l'ensemble des juridictions au Chancelier, si « pour la plupart des historiens, le Chancelier était le

(197) Schenck, ouv. cité, t. 1, p. 55.
(198) M. Rousselet, ouv. cité, t. 1, p. 62.
(199) M. Rousselet, ouv. cité, t. 1, p. 62.

ministre de la justice de l'ancienne monarchie » (200), il n'y a là qu'une bien lointaine analogie, tant sur le plan judiciaire que sur le terrain politique. Si la situation du Chancelier était « très grande », c'est surtout « théoriquement » (201) et il paraît que, si « un ministre de la justice jouit de nos jours de beaucoup moins d'honneurs que le Chancelier d'ancien régime... il dispose d'un plus grand pouvoir » (202).

Sur le terrain judiciaire, les pouvoirs du Chancelier sont souvent affirmés et c'est parce qu'il est censé représenter l'impassible justice que le Chancelier ne prend jamais le deuil, pas même celui du Roi, et qu'il n'assiste pas aux funérailles royales. Mais cette marque extérieure ne correspond pas à grand'chose de réel. Si le Chancelier préside de droit toutes les assemblées de tous les parlements et de toutes les cours (203) du royaume, il faut bien reconnaître qu'il ne s'y rend jamais. S'il assure, en principe, le recrutement et la surveillance de la magistrature, il est évident que la vénalité et l'hérédité des offices limitent singulièrement ce droit qui ne peut s'exercer qu'en ce qui concerne ceux dont le Roi s'est réservé le choix : présidents et procureurs généraux des cours, et encore sans pouvoir ni les sanctionner ni les révoquer. Enfin, s'il est l'intermédiaire entre les parlements et le Roi, s'il est la bouche du Roi lorsque le souverain tient un lit de justice pendant lequel le chancelier siège au pied du trône royal, il n'est pas l'intermédiaire obligé entre l'État et les grands corps judiciaires, « sur son propre terrain, il était souvent supplanté par les autres ministres » (204).

Mais cette suprématie des autres ministres est vraie surtout sur le plan politique où le rôle du chancelier est presque inexistant. Les autres ministres avaient tout fait pour l'écarter des conseils. S'il paraissait peu au conseil des affaires étrangères sous Louis XV (205), il n'a plus son entrée au conseil d'en haut et l'on peut dire alors qu'il n'est pas un véritable ministre puisqu'il ne fait pas partie du « ministère » au sens strict (206).

Le rôle du chancelier n'est donc comparable à celui de l'actuel Ministre de la Justice ni sur le plan judiciaire, ni sur le plan politique, et son titre de chef de la magistrature semble entraîner pour lui beaucoup plus de désagréments que de prérogatives. M. Laplatte rapporte ainsi plusieurs anecdotes aux cours desquelles le peuple insatisfait des sentences judiciaires rendues, alla manifester son indignation devant l'hôtel du chancelier et remarque qu'à « cette époque quand un jugement ne plaisait pas, on allait casser les carreaux du chef de la justice... » et que « s'il n'avait pas alors à redouter l'interpellation à la Chambre, le chancelier était toujours exposé à une interpellation de la rue (207). Mais tout cela, pour être plaisant, n'est pas très sérieux.

(200) C. Laplatte, le Garde des sceaux, Ministre de la Justice, *Le Pouvoir Judiciaire*, janvier, avril et juillet-août 1947.
(201) M. Rousselet, ouv. cité, t. 1, p. 75.
(202) Carré, La France sous Louis XV, 1891, p. 71.
(203) L. Rouvier, La chancellerie et les sceaux de France, 2e éd., 1950, p. 9.
(204), (205) Carré, ouv. cité, p. 71.
(206) C. Laplatte, ét. citée, *Le Pouvoir Judiciaire*, janvier 1947.
(207) Et. citée, *Le Pouvoir Judiciaire*, avril 1947.

N° 74. — Il paraît donc que les différents parlements, nés à des dates variables, dans les provinces diverses, avaient un particularisme certain et que le ministère public participait de leur indépendance, d'autant plus que les parlements entrant souvent en conflit avec la royauté, les membres du ministère public profitaient de ce qu'ils étaient placés entre deux feux pour s'affranchir à la fois de l'un et l'autre jougs. Cela est vrai également, quoiqu'à un moindre degré, des tribunaux de bailliages et sénéchaussées, et si le procureur du Roi auprès de ces juridictions continue à être qualifié de « substitut du procureur général » en souvenir du temps lointain où celui-ci le nommait (208), cette appellation ne correspond plus à rien de réel. Si l'on peut dire que les membres des parquets des cours sont plus « importants » que ceux des parquets des tribunaux, c'est uniquement en raison des considérations sociales qui s'attachent à l'importance de ces cours elles-mêmes et des charges qui en dépendent, ne serait-ce qu'au point de vue financier. Leur prédominance, si elle existe, n'est donc que de pur fait (209). La situation est apparemment moins simple au sein d'un même parquet.

b) Les rapports de l'avocat et du procureur au sein d'un même parquet.

N° 75. — L'affirmation selon laquelle la plus parfaite harmonie régnait dans chaque parquet d'ancien régime dont tous les membres étaient subordonnés au procureur (210) peut surprendre à la lecture d'incidents tels que celui que rapporte Saulnier de la Pinelais entre le procureur général au Parlement de Bretagne, Huchet, et un avocat général, Jacques Busnel, qui dégénéra en un véritable procès :

> « Huchet et Jacques Busnel constituèrent procureur, des écritures volumineuses furent échangées, plusieurs arrêts d'avant faire droit furent rendus. Le parlement statua définitivement le 19 mars 1632... mais l'affaire paraissait aux intéressés de telle importance qu'au lieu de s'incliner purement et simplement devant l'arrêt, ils convinrent de solliciter successivement l'avis du parquet du parlement de Paris, celui de deux maîtres des requêtes désignés par le conseil, et enfin, ce qui pourra paraître étrange après l'arrêt du parlement, chambres assemblées, de soumettre tous les documents à l'arbitrage de M. du Bourblanc, président à la même Cour. Ces autorités ne firent, paraît-il, que « confirmer » l'arrêt de Rennes. Les intéressés voulurent bien, alors, se déclarer satisfaits. Comme, cependant, un point leur parut pouvoir être mieux précisé et qu'il leur sembla équitable d'en modifier un autre, ils crurent devoir libeller un acte définitif signé du procureur général et des deux avocats généraux (octobre 1635) » (211).

---

(208) V. ci-dessus, n° 58.

(209) C'est bien ce qui paraît résulter de l'analyse de Muyard de Vouglans (ouv. cité, p. 580) qui, s'il distingue des officiers de premier ordre (procureurs généraux et avocats généraux), de deuxième ordre (procureurs du Roi et avocats du Roi) et de troisième ordre (procureurs fiscaux des seigneurs), ne signale aucune hiérarchie entre eux.

(210) V. en ce sens : Lacretelle, Dissertation sur le ministère public, dans Œuvres, 1823, t. 3, p. 27 ; — Schenck, ouv. cité, t. 1, p. 55 ; — Lefèvre, thèse citée, p. 93 et s.

L'opinion contraire est peu exprimée, v. cependant : Regnault, Manuel d'histoire du droit français, 3e éd., 1947, p. 228 (« les représentants du Roi auprès des juridictions royales, les « Gens du Roi », sont, en principe, sans rapports les uns avec les autres ») ; — Morin, Répertoire général et raisonné de droit criminel, 1851, v° Ministère public.

(211) Ouv. cité, p. 119 et s.

La belle harmonie, en vérité, que celle qui requiert trois ans de procédure et de consultations pour accorder un procureur général et son avocat... D'autant plus que cet événement n'est pas isolé et qu'au même parlement de Bretagne un conflit du même ordre avait éclaté quelques années plus tôt (212), tandis que Lefèvre signale qu'au parlement de Paris, le procureur général Christophe de Carmonne avait, en 1492, vivement protesté contre les abus de ses avocats (213). De nos jours, un conflit de cet ordre durerait vingt-quatre heures et serait tranché de toute autre façon...

Il faut se garder, pourtant, de se laisser égarer par des événements trop spectaculaires pour ne pas cacher la vérité quotidienne des parquets. Il ne faut pas non plus accorder plus d'importance qu'il ne convient à des considérations d'étiquette qui ne prouvent rien ni dans un sens ni dans l'autre, car elles donnent la préséance tantôt à l'avocat, tantôt au procureur. Certains témoignent d'un pur souci de politesse tel que celui qui fait qu'au sein du parquet chacun parle de ses « compagnons » et jamais de ses subordonnés. D'autres sont équivoques : la station assise ou debout des membres du ministère public pendant qu'un de ses membres prend la parole s'explique avant tout par la nécessité, diversement remplie selon la disposition des salles d'audience, de laisser l'orateur en face des juges, plutôt que par des raisons de suprématie. D'autres encore résultent de considérations sociales, ainsi la confusion faite dans bien des esprits de l'époque entre procureurs et avocats du Roi et procureurs et avocats des particuliers. Sur le plan social, en effet, la situation des avocats était incontestablement plus élevée que celle des procureurs et cela conduit peut-être à la préséance sinon de tous les avocats généraux, au moins du premier avocat général, dans les manifestations publiques. Cette suprématie apparente peut tenir aussi à des raisons de fait : l'éclat extérieur que confère l'exercice de la parole attire beaucoup plus les regards sur l'avocat que sur le procureur au point même que les rois offrirent parfois leurs avocats en spectacle :

> « Le Roy de Portugal ayant esté receu à Paris le 23 novembre 1476, le Roy Louis XI voulut qu'il allât au parlement à l'audience en laquelle François Hasle, archidiacre de Paris, advocat général du Roy et Pierre de Brabant, advocat en la Cour et curé de Saint-Eustache de Paris plaidèrent une cause en régale. La chronique dict qu'il faisoit moult bel ouyr » (214).

Enfin, en un temps où l'on accordait autant d'importance à l'individu qui l'exerçait qu'à la fonction exercée, on ne peut tirer une conséquence de ce qu'en une circonstance déterminée, par exemple un dîner, un procureur général fût placé « au-dessus » de l'avocat sur les conseils d'un président de cour (215).

---

(212) Saulnier de la Pinelais, ouv. cité, p. 115.
(213) Thèse citée, p. 95.
(214) La Roche-Flavin, ouv. cité, liv. II, chap. VII, n° 1.
(215) Delachenal, ouv. cité, p. 170, voit là, au contraire, un argument décisif.

N° 76. — La vérité, c'est que le problème de la subordination de l'avocat au procureur (216) pouvait difficilement se poser alors que dans la marche des procès d'ancien régime leur domaine d'action était complètement différent : si le procureur est seul maître de la procédure criminelle, l'avocat conduit à sa guise la procédure civile orale, quant à la procédure civile écrite, qui est exceptionnelle, le procureur ne peut jamais y agir sans prendre l'avis de l'avocat, ce qui exclut toute idée de subordination. Le principal argument de ceux qui affirment que l'avocat était subordonné au procureur tient à ceci que l'avocat du Roi devait toujours prendre la parole au nom du procureur. Mais peu importe au nom de qui il doit parler s'il peut conduire sa procédure comme il l'entend, dire ce qu'il veut et si ses conclusions orales ont la même valeur juridique que des réquisitions écrites, ce qui était bien le cas. De plus, cette exigence s'explique avant tout par une raison procédurale : les avocats des particuliers devaient se faire avouer par leurs clients, mais comme on ne pouvait ni obliger le Roi à avouer chacun de ses avocats chaque fois qu'ils parlaient ni laisser les avocats du Roi parler en leur nom propre, ce qui eût été contraire aux traditions procédurales, on tournait la difficulté en les faisant parler au nom du procureur du Roi, qui, pour des raison extra-judiciaires déjà examinées, représente le Roi plus que tout autre, au parlement. Il n'y a là qu'une exigence pratique sans influence juridique.

Tout ce que l'on peut dire, c'est que le procureur a, en raison de son origine différente, et plus que tout autre officier du parquet, droit au titre d'« homme du Roi », mais cela tient aux considérations politiques que nous avons examinées et n'entre certainement pas en compte alors que nous examinons la situation respective de l'avocat et du procureur dans leur rôle judiciaire.

B) La Soumission au Pouvoir central

N° 77. — Quant à la situation des officiers du ministère public à l'égard du Roi, il faut distinguer, en premier lieu, entre le ministère public organe politique et le ministère public organe judiciaire.

1° Dans l'exercice de ses attribution politiques, l'officier du ministère public est naturellement tenu de prendre et d'exécuter les ordres du Roi. Mais s'il est fonctionnaire, il est un fonctionnaire supérieur qui garde à ce titre le droit intangible de faire connaître, outre la volonté du Roi, son opinion personnelle et cela en toute hypothèse et même en présence du monarque (217).

---

(216) La discussion est circonscrite aux rapports de l'avocat et du procureur, car le nom même de « substitut » devrait évoquer assez qu'il est de l'essence de ceux-ci d'être dépendants (V. ci-dessus, note 195). Si le problème a pu être agité à l'époque moderne par suite de l'insuffisance et de l'ambiguïté de certains textes (V. ci-dessous, n°° 83 et s.), il est certain qu'il ne s'est jamais posé dans l'ancien droit (Merlin, Répertoire cité, v° Substitut) ; — V. cependant H. de Mahuet (thèse citée, p. 192), qui signale qu'à la Cour de Lorraine « les attribution (des substituts) étaient mal définies, ce qui donna lieu à de très nombreux procès ».

2° La situation des officiers du ministère public organe judiciaire est, à son tour, sensiblement différente selon que l'on considère la théorie ou la pratique.

En théorie, les officiers du ministère public d'ancien régime sont certainement les agents du pouvoir royal auprès des tribunaux et cela qu'ils agissent en matière répressive ou interviennent en matière civile. Le droit de porter une accusation publique comme celui d'intervenir en matière civile dans les affaires des particuliers ne peuvent, en effet, se concevoir, en raison de l'atteinte qu'ils portent à la liberté individuelle, que comme des prérogatives du titulaire de la souveraineté qui les exerce soit directement, soit par l'intermédiaire d'officiers qu'il délègue à cet effet et qui lui sont soumis. Il est donc certain que le Roi avait, dans l'ancien droit, le pouvoir de donner des ordres aux officiers du ministère public qui devait les exécuter, et qu'il pouvait, en cas de résistance, se substituer à eux pour accomplir l'acte souhaité. Il n'en demeure pas moins qu'en pratique, le Roi n'usait jamais de ce pouvoir parce qu'il avait mieux à sa disposition.

Sous l'ancien régime, « toute justice émane du Roi » et s'il peut la déléguer, il peut aussi la retenir. Il en résulte qu'il peut toujours juger par lui-même, mais, surtout, qu'il peut toujours faire juger par des commissaires, qui le représentent, et sont tenus de prendre et d'exécuter ses ordres. Lorsqu'il s'intéresse particulièrement à une affaire ou à une série d'affaires déterminées, le souverain en retire la connaissance aux juridictions normalement compétentes pour l'attribuer à de semblables commissaires (218). On ne voit donc pas pourquoi le Roi aurait pris la peine de donner directement ou de faire donner par le chancelier des ordres à ses procureurs, alors qu'il avait à sa disposition un moyen plus simple et plus sûr d'arriver à ses fins. La situation est beaucoup plus confuse durant la période intermédiaire.

§ 2. — LE DROIT INTERMEDIAIRE : ABSENCE D'ORGANISATION HIERARCHIQUE ET SOUMISSION INCERTAINE AU POUVOIR CENTRAL

N° 78. — Il est inutile d'insister sur ce que l'organisation hiérarchique du ministère public n'existait pas durant la période révolutionnaire, le ministère public de cette époque se caractérisant essentiellement par son inorganisation. Il faut attendre l'article 84 du sénatus-consulte organique

(217) Talleyrand, Mémoires, 1947, t. 1, p. 117 : « M. de Fontenelle disait avec raison qu'un lit de justice était un lit où la justice dormait. Soit que le Roi vînt lui-même siéger au parlement, soit qu'il l'obligeât à se transporter avec les registres dans son palais, la cérémonie se réduisait à un discours de réprimande prononcé par le monarque et commenté par le Chancelier. L'avocat général du Roi se levait ensuite pour exposer, et souvent avec blâme, le motif des édits concluant néanmoins à ce qu'ils reçussent le caractère de loi. Car il est à remarquer que la présence du Roi n'ôtait pas à son avocat général la liberté d'exprimer sa pensée, mais elle imprimait un mouvement forcé à ses réquisitoires ».

(218) Lepointe, ouv. cité, p. 311 et 506 ; — Glasson, Le Roi grand justicier, *Rev. Hist. Dt*, 1902, 711 et 1903, 76.

du 16 thermidor an IX pour trouver un commencement d'organisation hiérarchique.

Quant au fond, c'est le décret-loi des 16-24 août 1790 qui pose la formule fameuse selon laquelle « les officiers du ministère public sont les agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux ». Mais cette formule, pour être catégorique, n'a jamais été pratiquement appliquée durant la période intermédiaire. Dans l'organisation de 1790, les commissaires du Roi qui deviendront commissaires du gouvernement, exercent des attributions qui, en dépit de l'appellation qui est la leur, ne se prêtent guère aux interventions gouvernementales. Quant à l'accusateur public élu par le peuple, il est à l'évidence indépendant du pouvoir central, qui ne tient pas en main la répression des crimes. Cet état de droit devait durer jusqu'au Code des délits et des peines et à la constitution de l'an VIII, à partir de laquelle les représentants du ministère public seront nommés et révocables par le pouvoir exécutif. Mais il n'y a là qu'une disposition d'ordre statutaire qui n'entraîne pas nécessairement une subordination juridique. Celle-ci n'apparaît partiellement qu'avec la loi du 7 pluviose an IX qui institue des magistrats de sûreté. Mais ces agents, qui se rapprochent assez de nos procureurs de la République, ne sont que des autorités strictement répressives, ce qui limite leur soumission à ce domaine.

Si la pensée de centralisation avait été appliquée de façon empirique à quelques points particulier par la Révolution, c'est l'Empire qui achève de la réaliser dans toute son étendue.

§ 3. — LES TEXTES NAPOLEONIENS : RESTAURATION DE LA SOUMISSION AU POUVOIR CENTRAL ET INSTAURATION DE L'ORGANISATION HIERARCHIQUE

N° 79. — Si l'organisation hiérarchique du ministère public et la soumission des officiers du ministère public au pouvoir central sont deux choses rationnellement distinctes et effectivement séparées dans l'ancien droit et le droit révolutionnaire, il n'en demeure pas moins que la première est encore le meilleur moyen de mettre la seconde en œuvre. C'est pourquoi les textes napoléoniens, qui souhaitaient non seulement perpétuer le principe de la soumission des officiers du ministère public au gouvernement, mais encore en assurer pratiquement la réalisation, créèrent de toutes pièces l'organisation hiérarchique du ministère public, destinée à lui servir de soutien. La coexistence des deux principes ainsi que leur lien de fait permet de ne pas les distinguer dans l'étude du droit positif s'il était intéressant de marquer leur indépendance théorique.

N° 80. — Les officiers du ministère public sont donc soumis au pouvoir exécutif au moyen d'une organisation hiérarchique depuis le Code d'instruction criminelle et les textes d'organisation judiciaire de 1810, et cette situation n'a jamais été remise en question par le législateur. Parmi les innombrables projets de réforme de l'organisation judiciaire et de la procédure pénale qui fleurissent au XIX^e^ siècle, sans d'ailleurs jamais prendre forme définitive, ceux qui s'intéressèrent au ministère public

n'envisagèrent jamais de lui apporter que des modifications d'ordre statutaire. Quant aux rédacteurs des récents textes d'organisation judiciaire et du nouveau Code de procédure pénale, ils montrent leur accord avec la tradition en renforçant à la fois la dépendance et la subordination hiérarchique.

C'est ce que nous verrons en présentant l'organisation hiérarchique du ministère public avant d'en dégager les conséquences et d'en rechercher les limites.

CHAPITRE I

L'ORGANISATION HIERARCHIQUE DU MINISTERE PUBLIC

81. — L'intention non équivoque des rédacteurs des textes de 1958 a été d'établir une concentration des pouvoirs au sein du ministère public. On avait pu quelquefois, dans l'état antérieur du droit, se demander si tel ou tel officier du ministère public était ou non dépendant ou subordonné. Dans toutes ces hypothèses le Code de procédure pénale vient répondre à la question posée par l'affirmative, s'employant à faire disparaître des textes tout ce qui pourrait faire croire à une autonomie qu'il entend réduire aux plus étroites limites. On pourrait dire de la réforme du ministère public ce que M. Hébraud écrit de la réforme judiciaire :

> « Ample et profonde, la réforme est multiple dans ses objets et diverse dans ses moyens, mais une dans son but : donner à la justice plus d'autorité et d'efficacité. Toutes les modifications de structure comme toutes les retouches de détail qui pouvaient concourir à la réalisation de ce dessein ont été utilisées » (219).

En ce qui concerne le ministère public, cependant, « autorité et efficacité » sont assimilées à « dépendance et subordination ». Toute marge d'autonomie disparaît donc au sein de chaque parquet entièrement soumis à son chef, tandis que la hiérarchie de parquet est réaffirmée ou aménagée de façon à être mieux sentie.

Section I. — LE RENFORCEMENT DE LA DEPENDANCE HIERARCHIQUE : LA CONCENTRATION DES POUVOIRS AU SEIN D'UN MEME PARQUET

N° 82. — Le parquet général près la Cour de cassation comprend un procureur général, un premier avocat général et seize avocats généraux et l'on n'a jamais discuté en doctrine, sinon dans la pratique, la subordination de ceux-ci à celui-là. Il est, d'ailleurs, à noter que le particularisme de l'action du parquet général près la Cour de cassation rend les conflits assez peu probables. Quoi qu'il en soit, les avocats généraux près la Cour de cassation sont les substituts du procureur général encore que les effets de cette subordination soient peu importants et peu visibles (art. 43 et s. ordonnance du 15 janvier 1826).

---

(219) Et. citée, *D.*, 1959, chr., p. 77.

A l'autre extrémité de l'organisation judiciaire, le ministère public auprès du tribunal de police était jusqu'en 1958 et est toujours, dans une certaine mesure, exercé par une seule personne, en principe un commissaire de police, qui n'a pas de substitut et les seuls problèmes qui le concernaient, sous le régime du Code d'instruction criminelle, étaient ceux de ses rapports avec le procureur de la République et le procureur général dans le ressort desquels se trouvait son tribunal.

Au contraire, la mesure de la subordination des avocats généraux et des substituts au procureur général et au procureur de la République pouvait faire l'objet de controverses dans l'état de droit créé par les textes d'organisation judiciaire de 1810 et le Code d'instruction criminelle. Le parquet de la Cour d'appel est en effet composé d'un procureur général, d'un ou de plusieurs avocats généraux dont le plus ancien prend le titre de premier avocat général et de substituts en nombre variable, tandis que le parquet du Tribunal de grande instance est composé d'un procureur de la République et de substituts en plus ou moins grand nombre.

Il faut tout d'abord remarquer que la situation, en ce qui concerne les rapports entretenus entre eux par ces différents officiers était identique dans les deux parquets.

En premier lieu, il n'y a pas à distinguer au parquet d'appel entre les avocats généraux et les substituts : tous sont substituts *lato sensu*. Si depuis l'an XII, l'appellation d'avocat général a été rétablie, on n'a plus accordé à ceux qui la portent, une autonomie comparable à celle dont jouissaient leurs homonymes d'ancien régime, et l'article 42 de la loi du 20 avril 1810 est trop clair à cet égard pour que la question ait jamais été soulevée :

> « Les fonctions du ministère public sont spécialement et personnellement confiées à nos procureurs généraux : les avocats généraux et les substituts ne participent à l'exercice de ces fonctions que sous la direction du procureur général » (220).

A la cour d'appel, avocats généraux et substituts sont sur le même plan à l'égard du procureur général : les uns s'occupent plus spécialement du service des audiences tandis que les autres se consacrent, en principe, au service intérieur du parquet, mais cette spécialisation n'est pas absolue et des textes toujours en vigueur prévoient qu'en cas d'empêchement ils peuvent se suppléer, tandis qu'il découle des principes d'organisation hiérarchique que le procureur général peut toujours changer les affectations des gens de son parquet.

En second lieu, si la discussion de la doctrine s'est trouvée circonscrite à la situation des substituts du parquet de première instance, il est certain que les textes n'étaient pas plus clairs en ce qui concerne les substituts du procureur général et que la même ambiguïté devait faire naître les mêmes doutes. Le Code de procédure pénale tranche la question sans discussion possible.

---

(220) V. dans le même sens l'article 6 de la loi du 20 avril 1810 « ... les substituts, créés pour le service des audiences des cours impériales, portent le titre d'avocats généraux ».

§ 1. — LA QUESTION SOUS LE REGIME DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE ET DES TEXTES DE 1810

N° 83. — Le problème que se posaient les auteurs classiques, sans dénier au procureur de la République le titre de chef du parquet du Tribunal civil, était le suivant : ceux que la loi qualifie de substituts du procureur de la République agissent-ils au nom de celui-ci en vertu d'une délégation expresse ou tacite de sa part, ou, au contraire, sont-ils investis personnellement par la loi du droit d'agir. Autrement dit, sont-ils dans un état de dépendance absolue ou bénéficient-ils d'un pouvoir propre, sont-ils des collaborateurs ou des subordonnés (221) ?

N° 84. — Le principe en lui-même ne paraissait pas discutable. Pourtant, et quelle que soit la position finalement adoptée par les rédacteurs des textes napoléoniens, il est certain qu'elle n'a pas été obtenue sans mal. Faustin Hélie se fait longuement l'écho des discussions que souleva cette question au cours de l'élaboration du Code d'instruction criminelle (222) et il est probable que l'ambiguïté évidente de ce code où certains articles semblent marquer nettement la dépendance (223), tandis que d'autres peuvent faire croire à l'autonomie des substituts (224), n'est que le reflet des dissensions qui ont présidé à sa naissance. Néanmoins, la décision définitive n'aurait pas dû faire de doute, tant en raison du bon sens que des déclarations non équivoques des rédacteurs, par exemple celle de Cambacérès à la séance du 6 novembre 1804 :

> « Le plan est de donner toute l'efficacité possible au ministère public. Dans cette vue, le pouvoir de poursuivre les délits est confié au procureur impérial et au procureur général, les autres fonctionnaires ne l'exercent que sous leurs ordres, et pour faire apercevoir cette subordination et mieux fixer le système, en a cru devoir employer la dénomination de substituts » (225).

---

(221) On ne s'est jamais posé la question des rapports, au sein d'un même parquet, entre les différents substituts et les avocats généraux et les substituts.

Il est certain qu'il peut y avoir entre eux une hiérarchie statutaire, mais elle ne se traduit pas dans le domaine juridique. Il n'y a entre substituts d'un procureur de la République et avocats généraux et substituts d'un procureur général que les rapports d'organisation que nécessite la bonne marche de tout service. Il incomberait au chef de parquet, qui règle comme il l'entend le fonctionnement de son parquet et répartit les tâches à son gré, de trancher librement les conflits qui pourraient surgir entre ses gens. Il n'y a là qu'un problème administratif sans retentissement sur le rôle juridique du ministère public.

Il est certain, en tous cas, que juridiquement sinon dans la pratique, un avocat général ou un substitut même plus ancien, ne peuvent commander ni interdire quoi que ce soit à un autre substitut, mais peuvent simplement saisir du différend le chef du parquet qui avisera. Dans l'exercice de l'action publique, avocats généraux et substituts sont tous sur le même plan.

(222) Ouv. cité, t. 1, n°° 489 à 499.

(223) Art. 265 C.I.C. : « Le procureur général pourra, même étant présent, déléguer ses fonctions à l'un de ses substituts... ».

Art. 271 C.I.C. : « Le procureur général près la Cour royale poursuivra soit par lui-même, soit par ses substituts... ».

(224) Art. 253 C.I.C. : « Dans les départements où siège la Cour d'appel, les fonctions du ministère public auprès de la Cour d'assises seront remplies *soit* par le procureur général, *soit* par un avocat général, *soit* par un substitut du procureur général... dans les autres départements, les fonctions du ministère public seront remplies par le procureur de la République *ou* par l'un de ses substituts... ».

(225) Locre, ouv. cité, t. 24, p. 459.

Il répond en effet au sens commun que les substituts ne sont appelés ainsi que parce qu'ils sont substitués à quelqu'un, ce quelqu'un occupant naturellement une situation prédominante qui lui permet de se substituer à eux quand il le juge utile. Mais le législateur impérial ne s'est pas toujours distingué par la rigueur des termes employés, et sur ce point particulier, il a quelquefois utilisé mal à propos le terme « substitut », ainsi lorsque l'article 43 de la loi du 20 avril 1810 déclare que le procureur de la République est le substitut du procureur général alors qu'il est évident qu'il n'est qu'un subordonné.

N° 85. — Faisant abstraction, tant des déclarations pourtant non équivoques de Cambacérès que d'une terminologie peut-être erronée, certains auteurs ayant à leur tête Faustin Hélie, ont cru trouver dans les textes mêmes la source d'une certaine autonomie des substituts (226).

Faustin Hélie s'appuie sur l'article 43 de la loi du 20 avril 1810 : « les fonctions du ministère public seront exercées dans chaque tribunal de première instance par un substitut du procureur général qui a le titre de procureur impérial et par des substituts du procureur impérial dans les lieux où il sera nécessaire d'en établir » et sur l'article 9 du Code d'instruction criminelle : « La police judiciaire sera exercée sous l'autorité des cours d'appel et suivant les distinctions qui vont suivre par : 1° les procureurs de la République et leurs substituts ». Il soutient que les procureurs de la République et leurs substituts sont mis sur le même plan par ces textes qui « délèguent directement aux substituts, l'un les fonctions du ministère public, l'autre, les fonctions de la police judiciaire » (227). En réalité, ces deux points étaient inégalement susceptibles de discussion.

En ce qui concerne la police judiciaire, il est certain que le substitut était personnellement investi par l'article 9 du Code d'instruction criminelle, du titre d'officier de police judiciaire et que cela lui donnait le droit incontestable d'accomplir les actes de police judiciaire en son nom propre au lieu d'agir au nom du procureur de la République. Mais c'est la seule satisfaction qu'il trouvait dans cette qualité, car les officiers de police judiciaire n'étaient que des auxiliaires du procureur de la République qui lui étaient soumis, à qui il pouvait donner des ordres et éventuellement se substituer pour accomplir les actes qu'il jugeait souhaitables (art. 48 et s. C.I.C.). La marge d'autonomie qu'accordait au substitut l'article 9 du Code d'instruction criminelle en matière de police judiciaire était donc bien mince. Quant à l'exercice des autres attributions du ministère public, l'article 43 de la loi du 20 avril 1810 était contredit, en matière d'exercice de l'action publique, par l'article 22 du Code d'instruction criminelle qui consacrait le pouvoir propre du procureur de la République combiné avec l'article 26

(226) Ouv. cité, t. 1, n° 498 ; V. dans le même sens : — Le Sellyer, Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée qui naissent des contraventions, des délits et des crimes, 1874, t. 1, n° 122 ; — Dutruc, ouv. cité, t. 1, p. 147.

(227) Ouv. cité, t. 1, n° 498.

qui le confiait au substitut le plus ancien en cas d'empêchement de ce procureur (228).

Ces arguments sont troublants, mais pour les réfuter Faustin Hélie ajoute que si la délégation consentie aux substituts est directe, elle est aussi subsidiaire : « Il est hors de doute que les substituts ne peuvent exercer cette fonction, bien qu'ils tiennent leur pouvoir de la loi, lorsque le chef du parquet est présent et n'est pas empêché » (229). Mais il y a là, dès lors, une véritable pétition de principe dont l'illogisme peut nous faire douter du bien-fondé du système. Ou bien le substitut bénéficie d'un pouvoir propre et il peut agir sans l'ordre ou contre l'ordre du procureur de la République, dont la volonté n'est pas la règle, que celui-ci soit présent ou empêché, ou bien, il est un véritable collaborateur qui n'agit que par délégation expresse ou tacite du procureur de la République.

N° 86. — La faiblesse des arguments de texte présentés n'avait pas convaincu tous les auteurs et c'est dans le sens de la dépendance que se prononçait une grande partie d'entre eux. Pour Garraud (230) les substituts n'agissent que sous l'impulsion de leur chef de parquet. C'est en ce dernier sens que se prononce aussi Mangin (231) :

> « Chaque parquet n'a qu'un chef, les substituts ne sont que les agents de celui-ci, il ne saurait y avoir entre lui et eux une communauté de droits et d'obligations ».

C'est enfin l'avis de Goyet (232) :

> « Les substituts n'exercent l'action publique et n'accomplissent aucun acte qu'en vertu d'une délégation expresse ou tacite du procureur de la République ».

Une jurisprudence très ancienne semblait pourtant avoir adhéré à la thèse défendue par Faustin Hélie, mais sa motivation n'est pas très convainquante. Un arrêt de l'an IV (233) et deux décisions des 29 mars 1822 et 14 mai 1825 (234) statuent, le premier dans une espèce où l'affaire avait été distribuée au substitut par le procureur, les deux autres dans des cas où il s'agissait d'un appel interjeté par un substitut qui avait rempli les fonctions du ministère public lors du jugement correctionnel, ce qui faisait présumer la délégation tacite du procureur de la République. Une quatrième décision du 19 février 1829 (235) statue dans un cas où le substitut n'avait pas été désavoué, enfin un arrêt

(228) Art. 22 du Code d'instruction criminelle : « Les procureurs de la République sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux de police correctionnelle et aux Cours d'assises ».
Art. 26 du Code d'instruction criminelle : « Le procureur de la République sera, en cas d'empêchement, remplacé par son substitut ou s'il y en a plusieurs par le plus ancien ».
(229) Ouv. cité, t. 1, n° 498.
(230) Ouv. cité, t. 1, n°s 87 et 88.
(231) Ouv. cité, t. 1, n° 94.
(232) Ouv. cité, p. 4.
(233) Inédit, rapporté par Pluyette, thèse citée, p. 105.
(234) Cass. Crim. 29 mars 1822, *S.*, 1822, 1, 369 ; 14 mai 1825, *B.*, n° 96.
(235) Cass. crim. 19 février 1829, *B.*, n° 42.

du 3 septembre 1829 (236) s'appuie sur l'indivisibilité du ministère public pour affirmer que les attributions données aux substituts sont les mêmes que celles données au procureur de la République, alors que l'indivisibilité qui n'est qu'une conséquence de la dépendance des substituts à l'égard du procureur, ne saurait être considérée comme une cause de leur indépendance (237).

Le nouveau Code de procédure pénale est venu en matière répressive et en tranchant le débat dans le sens d'une dépendance complète, mettre un terme à cette controverse née essentiellement d'une équivoque textuelle.

§ 2. — LA SOLUTION DONNEE PAR LE CODE DE PROCEDURE PENALE

N° 87. — Quant à la police judiciaire, les membres du parquet ont perdu la qualité d'officier de police judiciaire. Certes, le procureur de la République garde les pouvoirs qui sont attribués à ceux-ci et peut les faire exercer par ses substituts, mais ceux-ci, qui n'ont plus personnellement la qualité d'officiers de police judiciaire, agiront désormais au nom du procureur de la République dans les mêmes conditions de dépendance que dans l'exercice de l'action publique. Sur ce dernier point, en effet, le doute n'est plus permis.

N° 88. — Désormais, tous les textes relatifs à l'exercice des pouvoirs du ministère public au sein d'un même parquet, sont rédigés dans les même termes, termes qui ne laissent subsister aucun doute quant à la totale dépendance des substituts à l'égard du procureur. Tous ces articles portent, en effet :

— article 34 du Code de procédure pénale :

> « Le procureur général *représente en personne ou par ses substituts* le ministère public auprès de la Cour d'appel eu auprès de la Cour d'assises... ».

— article 35 du Code de procédure pénale :

> « Le procureur de la République *représente en personne ou pas ses substituts* le ministère public auprès du Tribunal de grande instance... *Il représente également en personne ou par ses substituts* le ministère public auprès de la Cour d'assises...
> « *Il représente, de même, en personne ou par ses substituts* le ministère public auprès du Tribunal de police... ».

Une telle accumulation au sein d'un même article dissipe tous les doutes qui pouvaient naître des diverses expressions employées par le Code d'instruction criminelle. Pourtant, il ne semble pas que les commentateurs du Code de procédure pénale aient été sensibles à ce

(236) Cass. crim. 3 septembre 1829, *B.*, n° 210.
(237) V. ci-dessous, n° 108.

changement cependant manifeste (238) et il s'en est même trouvé un pour affirmer avec une conviction qui nous échappe : « En précisant dans l'article 39 que le procureur représente en personne ou par ses substituts le ministère public, le Code de procédure pénale a mis fin aux discussions qui pouvaient s'instaurer sur la qualité en laquelle les substituts exerçaient leurs fonctions : en vertu de leur titre même ou d'une délégation du procureur de la République... il faut donc admettre que l'un comme les autres tiennent leurs pouvoirs de la loi » (239). Il paraît néanmoins peu probable que la querelle revive, au moins en matière répressive (240).

N° 89. — En matière civile, en effet, l'ordonnance du 22 décembre 1958 n'a rien prescrit sur ce point particulier. De plus, l'article 43 de la loi du 20 avril 1810 qui servait de point d'appui à la doctrine de Faustin Helie, n'a pas été abrogé par les textes nouveaux et continue à décider que « les fonctions du ministère public seront exercées par... un... procureur impérial et par des substituts ». Une analyse purement exégétique pourrait donc amener à conclure qu'en matière répressive les substituts de procureurs de la République sont ses collaborateurs, tandis qu'en matière civile ils ne sont que ses subordonnés. Néanmoins, nous croyons qu'il est plus exact de dire que la dépendance des substituts à l'égard de leur procureur est vraie en matière civile comme en matière répressive.

La doctrine professée par Faustin Hélie n'avait guère eu d'écho dans la pratique et il est certain, qu'en fait, les substituts n'étaient que des collaborateurs de leur procureur sans que l'on dinstinguât entre les matières civiles et les matières criminelles. Il y avait là une coutume qui ne pouvait être abrogée que par des textes précis en sens contraire. Nous avons vu qu'il n'en a rien été, bien au contraire, en matière de procédure pénale. Quant à la procédure civile, s'il est certain que l'ordonnance du 22 décembre 1958 ne se prononce pas directement sur la question des rapports des procureurs et de leurs substituts, ainsi que le fait sans ambiguïté le Code de procédure pénale, son article 5 pose malgré tout un principe d'autorité qui semble d'application générale. Ce texte, combiné avec l'état coutumier des parquets et éclairé par la nouvelle rédaction du Code de procédure pénale, permet, selon nous, de dire qu'en toute matière, les substituts ne sont que les collaborateurs de leur chef de parquet.

Cette volonté de concentration des pouvoirs des textes récents est tout aussi nette dans l'ordre hiérarchique.

---

(238) A. Besson, R. Vouin, P. Arpaillange, Code annoté de procédure pénale, 1958, article 34, qui signalent simplement : « Solution reprise des articles 253, 265, 271 et 274 du Code d'instruction criminelle ».

(239) B. Salingardes, Juris-classeur de procédure pénale, articles 39 à 44.

(240) Certains articles du Code présentent encore, il est vrai, quelques incertitudes, ainsi l'article 192 qui prévoit que : « les fonctions du ministère public auprès de la Chambre d'accusation sont exercées par le procureur général *ou* par ses substituts » et les articles 388, alinéa 2 et 510, alinéa 2, rédigés dans les mêmes termes à propos du ministère public auprès du tribunal correctionnel et de la Chambre des appels correctionnels. Mais il n'y a là que des erreurs d'inattention dans la rédaction qui ne peuvent être prises en considération en face de la rigueur des articles consacrés exclusivement à l'organisation du ministère public.

Section II. — LE RENFORCEMENT ET L'AMENAGEMENT DE LA SUBORDINATION HIERARCHIQUE : LES RAPPORTS DE PARQUET A PARQUET

N° 90. — En ce qui concerne, non plus la dépendance au sein d'un même parquet, mais la hiérarchie de l'ensemble du ministère public, les nouveaux textes d'organisation judiciaire de 1958 et le Code de procédure pénale ont apporté des innovations bien plus considérables. Cette fois-ci, il ne s'est pas agi seulement de renforcer la hiérarchie traditionnelle, encore que ce renforcement soit très sensible, il s'est trouvé que l'on a aussi apporté des modifications importantes aux deux extrémités de la pyramide.

§ 1. — RENFORCEMENT DE LA HIERARCHIE TRADITIONNELLE

N° 91. — La hiérarchie que l'on peut appeler traditionnelle est celle qui unit le procureur de la République au procureur général et le procureur général au Garde des sceaux, et l'on peut dire que les nouveaux textes d'organisation judiciaire et le Code de procédure pénale ne lui ont apporté aucun bouleversement. L'ordonnance n° 58.1270 du 22 décembre 1958 se borne à rappeler le principe général dans son article 5 :

> « Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du Garde des sceaux, Ministre de la Justice ».

Quant au Code de procédure pénale, il n'innove pas davantage. Le procureur de la République continue de n'être qu'un subordonné du procureur général lui-même dans un état de subordination hiérarchique à l'égard du Ministre de la Justice, car ils continuent tous deux à bénéficier d'une délégation directe de la loi dans l'exercice de leurs attributions (art. 22 C.I.C. et 39 C.P.P. ; art. 42 décret 6 juillet 1810 et art. 34 C.P.P.). Mais, il est certain qu'en la forme, au moins, la subordination, au sein de la hiérarchie traditionnelle, se trouve réaffirmée avec plus d'énergie par les nouveaux textes répressifs.

N° 92. — Le Code d'instruction criminelle ne consacrait qu'un article à la subordination hiérarchique des membres des parquets d'appel au Garde des sceaux, c'était l'article 274 ainsi rédigé : « Le procureur général, soit d'office, soit sur les ordres du Ministre de la Justice, charge le procureur de la République de poursuivre les délits dont il a connaissance ». Encore, cette autorité n'était-elle affirmée qu'au travers de celle du procureur général et à propos des « affaires soumises au jury ». Le Code de procédure pénale a fait fi de cette discrétion. Désormais, l'article 36, consacré au seul Garde des sceaux, déclare :

> « Le Ministre peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, lui enjoindre d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le Ministre juge opportunes ».

La formule plus directe de l'article 36 est aussi plus précise que celle du Code d'instruction criminelle, marquant par là que la subordination hiérarchique des membres du ministère public n'est pas limitée à la seule mise en mouvement de l'action publique. Enfin, ce n'est pas accidentellement, dans le corps du Code, que cette subordination se trouve consacrée, mais dans les dispositions générales relatives au ministère public, ce qui lui donne davantage d'autorité. Mais il semble surtout que la concentration des pouvoirs se fait dans les mains du procureur général.

L'alinéa 1 de l'article 35 affirme dans une disposition de principe, nouvelle :

> « Le procureur général est chargé de veiller à l'application de la loi pénale dans toute l'étendue du ressort de la Cour d'appel ».

Et l'article 37, en une formule elle aussi nouvelle, prévoit que :

> « Le procureur général a autorité sur tous les officiers du ministère public du ressort de la Cour d'appel ».
> « A l'égard de ces magistrats, il a les mêmes prérogatives que celles reconnues au Ministre de la Justice à l'article précédent ».

Voilà donc clairement maintenue et réaffirmée la hiérarchie traditionnelle du ministère public. Mais le Code de procédure pénale ayant mis l'accent sur la prédominance du procureur général accorde à celui-ci des moyens matériels de contrôle, afin que cette prédominance ne soit pas un vain mot.

N° 93. — A première vue, on pourrait conclure de la comparaison des Codes d'instruction criminelle et de procédure pénale, que les moyens de contrôle sont moins importants dans le second que dans le premier. En effet, l'article 27 du Code d'instruction criminelle qui faisait une obligation au procureur de la République d'avertir le procureur général, dès qu'il avait connaissance d'une infraction, a disparu du nouveau Code. Tandis qu'il ne fait que reprendre, dans son article 35, alinéa 2, une disposition qui existait déjà dans l'article 240 du Code d'instruction criminelle et qui enjoint de tenir, par des rapports périodiques, le procureur général au courant de la marche des affaires. Mais la réalité est différente.

La disparition de l'obligation de l'article 27 du Code d'instruction criminelle n'est pas synonyme d'une disparition des moyens de contrôle. Elle était, en effet, inutile, étant donné la forte concentration des pouvoirs que nous avons signalée :

> « L'autorité qui appartient au procureur général sur les procureurs de la République doit lui permettre de se faire informer dans des conditions plus strictes qu'il n'est prévu » (241).

De plus, la prescription de l'article 27 du Code d'instruction criminelle n'était plus guère observée en raison des difficultés pratiques évidentes qui en seraient résultées.

(241) A. Besson, R. Vouin, P. Arpaillange, Code cité, art. 35.

Bien au contraire, un renforcement sensible de ces moyens de contrôle est réalisé par l'article 35 du Code de procédure pénale :

> « Le procureur général est chargé de veiller à l'application de la loi pénale dans toute l'étendue du ressort de la Cour d'appel.
> « A cette fin, il lui est adressé tous les mois, par chaque procureur de la République, un état des affaires de son ressort... ».

Alors que l'article 149 du Code d'instruction criminelle décidait seulement que : « Le procureur de la République enverra tous les huit jours au procureur général une notice de toutes les affaires criminelles, de police correctionnelle et de simple police qui seront survenues », car il y a entre ces deux prescriptions toute la différence qui existe entre une « notice hebdomadaire » et un « état mensuel ». La première est nécessairement brève, c'est un simple avertissement que des dossiers ont été ouverts au parquet dans la semaine ; elle est nécessairement incomplète, peut-être même aléatoire, les premiers renseignements recueillis demandant à être vérifiés ; en un mot, c'est un document qui ne se suffit pas à lui-même et dont l'intérêt est simplement de permettre au procureur général de demander des renseignements supplémentaires sur telle ou telle affaire, ou, plus généralement, d'être tenu au courant de la marche de telle ou telle affaire. L'état mensuel des affaires établi par le nouveau Code est, au contraire, un document plus substantiel. En un mois, les renseignements recueillis sont plus nombreux et, en tous cas, plus sérieux, car leur véracité a pu faire l'objet de vérifications. Il apporte à celui à qui il est adressé une vision suffisante de l'affaire pour lui permettre de donner des ordres précis.

Enfin, l'autorité du procureur général se trouve indirectement renforcée par les modifications que le Code de procédure pénale apporte aux deux extrémités de la chaîne des parquets et, spécialement, par la nouvelle organisation du parquet du tribunal de police.

§ 2. — AMENAGEMENT DES CHAINONS EXTREMES DE LA HIERARCHIE

N° 94. — M. Vouin (242) pouvait écrire, sous le régime du Code d'instruction criminelle, que si la hiérarchie du ministère public était un fait, cette hiérarchie était imparfaitement établie, d'une part, en ce que le procureur général près la Cour de cassation, subordonné au Garde des sceaux, n'était pas le supérieur hiérarchique des procureurs généraux, et, d'autre part, à l'autre extrémité de la hiérarchie, en ce que la situation des représentants du ministère public auprès du Tribunal de police était fort incertaine et fort discutée. C'est à propos de ces deux parquets que les textes nouveaux innovent, car, ils ne font pas qu'établir une hiérarchie plus parfaite, ils modifient d'une façon plus complète la situation traditionnelle de ces deux parquets à l'égard des autres.

(242) Manuel de droit criminel, 1949, n° 396.

A) Le Procureur général près la Cour de Cassation

N° 95. — Sous le régime de 1810 et du Code d'instruction criminelle, le procureur général à la Cour de cassation se distinguait des autres officiers du ministère public, en ce qu'il était en marge de la hiérarchie. Certes, il était subordonné au Garde des sceaux ainsi qu'en témoignaient, par exemple, les articles 441 et 444 du Code d'instruction criminelle qui prévoyaient que le ministre pouvait donner des ordres au procureur général près la Cour de cassation, mais, il n'était pas le supérieur hiérarchique des autres membres du ministère public et, en particulier, des procureurs généraux des Cours d'appel. Il était dépourvu de tout droit d'impulsion relativement à l'action publique. Cependant, si l'on en croit les textes tout au moins, le procureur général à la Cour de cassation était tout de même investi d'un certain contrôle sur les officiers du ministère public. L'article 84 du sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X, décidait, en effet, que : « Le procureur général près la Cour de cassation surveille les commissaires près les Tribunaux criminels ». Il est vrai que le mode et l'étendue de cette surveillance, limitée par le texte lui-même à l'action du ministère public en matière répressive, n'étaient pas nettement définis. Elle aurait dû être étendue comme instituant au profit du procureur général près la Cour de cassation un droit de direction scientifique sur les officiers du ministère public, s'exerçant par des avis que ce haut magistrat aurait adressés aux procureurs généraux, pour leur rappeler tel ou tel point de droit ou attirer leur attention sur l'interprétation souhaitable d'un texte. Mais cette disposition était, à la fois, jugée inutile par la doctrine, qui lui reprochait son manque d'efficacité, et assez mal vue par le pouvoir exécutif, qui pensait qu'elle portait atteinte à ses prérogatives. Elle était pratiquement tombée en désuétude en 1958.

L'article 84 de l'ordonnance n° 58.1270 du 22 décembre 1958 consacre cette déchéance, en abrogeant la disposition en question. Si cette abrogation a peu de conséquences pratiques, elle n'en reste pas moins fort intéressante du point de vue de l'inspiration qui l'a guidée. Dans la nouvelle organisation judiciaire, le procureur général près la Cour de cassation est maintenu plus fermement encore, en dehors de la hiérarchie du ministère public. Toujours subordonné au Ministre de la Justice (art. 620 C.P.P.), il devient, cette fois-ci sans aucun tempérament possible, complètement étranger aux parquets des Cours et tribunaux.

Le changement est encore plus considérable en ce qui concerne le ministère public auprès du tribunal de police.

B) L'Officier du Ministère public près le Tribunal de Police

Sous le régime du Code d'instruction criminelle, les rapports de l'officier du ministère public auprès du Tribunal de simple police avec le procureur de la République et le procureur général avaient donné lieu à d'infinies discussions doctrinales auxquelles le Code de procédure pénale vient mettre un terme.

1° *La controverse sous le régime du Code d'instruction criminelle.*

N° 96. — Il résultait nettement des textes du Code d'instruction criminelle et plus particulièrement de l'article 144, que le représentant du ministère public auprès du tribunal de simple police avait reçu de la loi une délégation directe pour rechercher et poursuivre les contraventions (243). Les citations pour contraventions étaient données en son nom et à sa requête (art. 145 C.I.C.), c'est lui qui dirigeait la poursuite (art. 153 C.I.C.), c'est lui, enfin, qui bénéficiait du droit d'appel (art. 172 C.I.C.). Investi d'un pouvoir propre, il n'était donc pas question, rationnellement, qu'il fût le collaborateur de qui que ce soit. Néanmoins, on pouvait légitimement se demander s'il n'était pas le subordonné du procureur de la République ou du procureur général, d'une part, ainsi que le fait remarquer Le Sellyer, parce qu'« il serait étrange que les commissaires de police fussent les seuls, parmi les fonctionnaires du ministère public, qui se trouvassent affranchis d'un contrôle immédiat et d'une direction immédiate dans l'exercice de leurs fonctions » (244), d'autre part, parce que l'article 144, alinéa 2 et suivants, accordait au procureur général la faculté de choisir celui qui représenterait le ministère public auprès du tribunal de simple police, dans l'hypothèse où plusieurs personnes aptes à exercer cette fonction se trouvaient en résidence à son siège.

N° 97. — En ce qui concerne les rapports de l'officier du ministère public auprès du tribunal de simple police et du procureur général, les arguments en faveur de la subordination étaient assez faibles.

Certes, c'est le second qui nommait et révoquait le premier, mais il n'y avait là qu'un problème d'organisation matérielle qui n'entraînait pas *ipso facto* une subordination juridique. D'autre part, ce choix n'intervenait que dans la mesure où il était nécessaire : s'il n'y avait qu'un seul commissaire de police au lieu où siégeait le tribunal, c'est lui qui remplissait de plein droit les fonctions du ministère public, sans qu'il ait besoin d'une quelconque investiture de la part du procureur général. Il aurait fallu alors distinguer, au point de vue de la subordination, selon que le représentant du ministère public avait été ou non choisi, alors qu'aucune discrimination de cet ordre n'était établie par les textes et qu'elle ne se justifiait nullement.

Dans le sens de la subordination on avait pu aussi invoquer l'article 45 de la loi du 20 avril 1810 qui donnait au procureur général l'exercice et la direction de l'action publique dans le ressort de chaque cour d'appel, mais cette disposition d'ordre général était insuffisante en l'absence d'un texte l'appliquant au cas particulier envisagé : si l'on admettait que le procureur de la République, investi par l'article 22 du Code d'instruction criminelle du pouvoir personnel d'agir était un subordonné du procureur général, c'est parce que l'article 274 accordait à ce

(243) Article 144, alinéa 1, du Code d'instruction criminelle : « Les fonctions du ministère public pour les faits de police seront remplies par le commissaire du lieu où siègera le tribunal ».

(244) Ouv. cité, t. 1, n° 252.

dernier le pouvoir de lui donner des ordres. Or, aucun article de cette nature n'accordait au procureur général le droit de donner des ordres au commissaire de police investi directement, par l'article 144, du droit d'agir.

Il semble donc que, sous le régime du Code d'instruction criminelle, le procureur général n'avait sur le commissaire de police, exerçant les fonctions du ministère public auprès du tribunal de simple police, qu'un droit de surveillance et de contrôle situé sur le plan statutaire et sanctionné par des mesures d'ordre disciplinaire.

N° 98. — En ce qui concerne maintenant les rapports de cet officier et du procureur de la République, la situation était plus discutable, en premier lieu pour une raison de bon sens qui est que la subordination hiérarchique existe normalement de degré à degré, en sorte que, dans la mesure où l'officier du ministère public près le tribunal de simple police devait être subordonné à quelqu'un, il était plus logique que ce fût au procureur de la République qu'au procureur général, et, en second lieu, parce que les textes fournissaient davantage d'aliments à la discussion. Aucun texte ne donnait explicitement au procureur de la République le droit de donner des ordres au commissaire de police et encore moins le droit de se substituer à lui, en sorte qu'il n'apparaissait clairement ni comme son subordonné ni comme son collaborateur, mais certains articles du Code d'instruction criminelle laissaient penser que le procureur de la République n'était pas sans droit de regard sur la recherche et la poursuite des contraventions (245).

Quant à la recherche des contraventions, on a fait remarquer à juste titre que les représentants du ministère public auprès du tribunal de police qu'il s'agisse normalement d'un commissaire de police ou, plus exceptionnellement, d'un maire ou d'un adjoint, étaient des officiers de police judiciaire, alors que tous les officiers de police judiciaire du ressort du tribunal de police correctionnelle étaient soumis à la surveillance du procureur de la République. Mais il semble qu'en l'occurrence la surveillance du procureur de la République ne devait être qu'une surveillance administrative car le Code d'instruction criminelle paraît considérer que le procureur de la République n'est pas normalement compétent pour rechercher les contraventions. L'article 22 disposait : « Les procureurs de la République sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux de police correctionnelle et aux cours d'assises », ce qui excluait les contraventions, tandis que l'article 11 ne mentionnait pas le procureur de la République parmi les officiers de police judiciaire habilités à recher-

(245) Exception faite de l'ancien article 167 abrogé par la loi du 27 janvier 1878 et qui accordait au procureur de la République le droit de choisir le représentant du ministère public auprès du maire statuant comme juge de police. Cet article, identique à celui accordant au procureur général la nomination du commissaire de police représentant le ministère public auprès du tribunal de police devait, d'ailleurs, être interprété de la même façon.

A ce propos, il est à noter, d'ailleurs, que les décisions prises par le procureur général quant à la nomination et à la révocation des officiers du ministère public près le Tribunal de police, étaient, à l'évidence, préparées par des rapports du procureur de la République, qui, plus près de ces officiers, pouvait mieux les connaître et mieux les juger.

cher et à constater les contraventions. De plus, le procureur de la République semblait très mal informé de la commission des contraventions : l'article 54 ne prévoyait l'envoi à celui-ci que des documents relatifs aux crimes et délits, et les articles 15, 20 et 21 prescrivaient que la transmission des procès-verbaux relatant la commission de contraventions serait faite directement au commissaire de police représentant le ministère public auprès du tribunal de simple police.

Quant à la poursuite des contraventions, les articles 129 et 132 montraient que le renvoi d'un inculpé devant le tribunal de simple police par le juge d'instruction n'était prononcé qu'après communication au procureur de la République aux fins de réquisitions et que c'est lui qui faisait exécuter cette ordonnance, mais cela ne lui donnait aucun moyen d'influer sur la marche de l'action publique devant le tribunal simple police.

Il semble donc que si, dans le Code d'instruction criminelle, le procureur de la République n'était pas totalement étranger à la poursuite des contraventions, il ne faisait que participer à l'exercice de l'action publique pour une raison de bonne administration de la justice : la nécessité de fixer la compétence des officiers du ministère public près le tribunal de simple police quant aux faits qui seraient susceptibles de revêtir un caractère correctionnel. C'est pour permettre l'exercice de cette surveillance que les articles 178 et 249 du Code d'instruction criminelle prévoyaient que la notice des affaires de police passerait sous les yeux du procureur de la République avant d'être envoyée au procureur général et que l'article 172, alinéa 3, donnait au procureur de la République la faculté d'appeler de certains jugements du tribunal de simple police lorsque la peine prononcée était d'une gravité suffisante.

N° 99. — Il était donc à peu près certain que dans le régime établi par le Code d'instruction criminelle, les officiers du ministère public près le tribunal de simple police n'étaient ni les subordonnés ni les collaborateurs du procureur de la République ou du procureur général. La doctrine était cependant divisée sur ce point : si Faustin Hélie (246) et Garraud (247) se prononcent pour cette absence totale de subordination, Mangin pense : « qu'il serait vrai de dire que les fonctionnaires chargés du ministère public près le tribunal de police sont les substituts du procureur général » (248) ; enfin, Le Sellyer se prononce pour la subordination au procureur de la République (249).

Quant à la jurisprudence, elle a pu fournir des arguments à tous les partisans, car elle a bien souvent changé d'avis : après avoir décidé, le 6 août 1824 (250), qu'un procureur de la République ne pouvait se pourvoir en cassation contre un jugement en dernier ressort rendu par un tribunal de police de son arrondissement parce que : « le procureur du Roi près le tribunal de première instance... fonctionnaire absolument étranger au tribunal de police, était sans qualité pour attaquer son

(246) Ouv. cité, t. 1, n° 500.
(247) Ouv. cité, t. 1, n° 87.
(248) Ouv. cité, t. 1, n° 102.
(249) Ouv. cité, t. 1, n° 252.
(250) Cass. crim. 6 août 1824, *Journal du palais*, 1824, 946.

jugement », elle a affirmé à l'appui de la validité de la signification de l'appel d'un jugement de police au procureur du Roi près le tribunal de première instance chargé de connaître l'affaire, que l'officier du ministère public près le tribunal de police était le « délégué » de ce procureur du Roi (251) ; avant de déclarer à nouveau, à propos de l'appel des jugements de police, que « les procureurs du Roi sont entièrement étrangers au tribunal de simple police » (252).

Soucieux, comme ils l'étaient, d'établir une plus complète concentration des pouvoirs au sein du ministère public, il ne pouvait être question, pour les rédacteurs du Code de procédure pénale et des textes de 1958, de laisser les choses en état.

2° *La solution donnée par le Code de procédure pénale.*

N° 100. — La solution la plus évidente était, sans retirer au procureur général, chef suprême des officiers du ministère public de son ressort, le droit de procéder, en cas de besoin, à la nomination des personnes chargées de représenter le ministère public auprès du tribunal de police et sans les soustraire à sa surveillance, d'étendre aux rapports du procureur de la République et du commissaire de police occupant le siège du ministère public près le tribunal de police, les dispositions prévoyant la subordination du procureur de la République au procureur général. On aurait ainsi obtenu un parquet de police subordonné au parquet de grande instance, lui-même subordonné au parquet d'appel.

C'est bien à cette position que s'étaient arrêtés les rédacteurs du Code de procédure pénale.

Sur le plan organique, le procureur général choisissait et surveillait le commissaire de police ou la personne chargée d'occuper le siège du ministère public (art. 46, 47, 48 et 37 al. 1 C.P.P.). Quant à l'exercice de l'action publique, le commissaire de police bénéficiait d'une délégation directe de la loi, puisque l'article 45 originaire du Code de procédure pénale décidait que : « les fonctions du ministère public près le tribunal de simple police sont remplies par le commissaire de police du lieu où siège le tribunal », mais il était subordonné au procureur de la République qui avait autorité sur lui : article 14 du Code de procédure pénale : « Le procureur de la République a autorité sur les officiers du ministère public près le tribunal de simple police de son ressort. Il peut leur dénoncer les contraventions dont il est informé et leur enjoindre d'exercer des poursuites ». Mais, ce n'est pas ce point de vue qui a été finalement retenu.

N° 101. — Les articles en question ont été modifiés une première fois avant leur entrée en vigueur, par une ordonnance du 23 décembre 1958. Ils étaient, en effet, inconciliables avec l'article 4 de l'ordonnance n° 58.1273 du 22 décembre qui, renversant la règle traditionnelle selon laquelle il n'y a pas de ministère public auprès du tribunal d'instance

(251) Cass. crim. 27 août 1825, *B.*, n° 169 ; 19 septembre 1834, *Journal du palais*, 1834-1835, p. 944.
(252) Cass. crim. 1er mai 1857, *D.*, 1857, 1, 270.

statuant en matière civile, décidait que : « le procureur de la République près le tribunal de grande instance peut, en toute matière occuper le siège du ministère public devant les tribunaux d'instance de son ressort ». Si donc, on avait maintenu à la fois les textes du Code de procédure pénale dans leur version originaire et l'article 4 de l'ordonnance n° 58.1273, on aurait abouti à ceci que le procureur de la République, seul représentant du ministère public auprès du tribunal d'instance statuant au civil, aurait, sans discussion possible été le chef de ce parquet embryonnaire, tandis qu'en matière répressive, ce même parquet, doué cette fois-ci d'un fonctionnement régulier, aurait été dirigé, non plus par le procureur de la République, mais par un commissaire de police. Il y avait là un illogisme d'autant plus regrettable que le rôle du ministère public en matière civile est sans commune mesure avec son rôle au pénal.

C'est pourquoi, dès le lendemain de l'ordonnance n° 58.1273, une ordonnance du 23 décembre 1958 est venue modifier l'article 45 du Code de procédure pénale pour décider que : « Sans préjudice du droit pour le procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel se trouve compris le tribunal d'instance, d'occuper en toute matière le siège du ministère public devant le tribunal d'instance, les fonctions du ministère public près le tribunal de police sont remplies par le commissaire de police du lieu où siège le tribunal ». Le changement était d'importance : en effet, si le procureur de la République peut en toute occasion agir devant le tribunal d'instance, c'est que le commissaire de police qui occupe le siège du ministère public, en son absence, n'agit que par la délégation tacite du procureur de la République, délégation qui résulte du fait qu'il ne se dérange pas. Pouvant toujours se rendre au tribunal d'instance, le procureur de la République a toujours la possibilité de se substituer au commissaire de police pour agir à sa place. Mais cette rédaction du Code de procédure pénale en ce qui concerne le ministère public du tribunal de police, ne devait pas être la dernière.

N° 102. — Après la création des contraventions de cinquième classe, le législateur a pensé que la gravité des condamnations qu'elles pouvaient entraîner requerrait la présence, auprès du tribunal de police chargé d'en connaître, d'un véritable officier du ministère public plutôt que du succédané qu'en est toujours le commissaire de police et *a fortiori* le maire ou l'adjoint. Une ordonnance du 4 juin 1960 est donc venue donner sur ce point, au Code de procédure pénale, sa rédaction définitive.

Il ressort désormais nettement du texte de l'article 39 que l'officier du ministère public auprès du tribunal de police est le procureur de la République dans les mêmes conditions que devant le tribunal correctionnel :

> « Le procureur de la République représente, en personne ou par ses substituts, le ministère public près le tribunal de grande instance... il représente de même, en personne ou par ses substituts, le ministère public auprès du tribunal de police ».

En outre, il doit occuper personnellement le siège du ministère public pour le jugement des contraventions de cinquième classe et il peut l'occuper en toute matière s'il le juge à propos (253).

Dès lors, il apparaît que les autres représentants du ministère public auprès du tribunal de police ne sont que des collaborateurs du procureur de la République qui se décharge sur eux des tâches mineures. Dans ces conditions, nous ne voyons pas pourquoi l'article 44 du Code de procédure pénale prévoit toujours la possibilité pour le procureur de la République de donner des ordres aux représentants du ministère public auprès du tribunal de police : cette faculté va de soi de la part d'un chef de parquet à ses collaborateurs et l'ordonnance du 4 juin 1960, qui a donné aux articles 39 et 45 la rédaction que nous avons citée, aurait pu supprimer cet article 44 qui a perdu tout intérêt sauf en ce qui concerne la possibilité pour le procureur de la République de requérir l'ouverture d'une information à propos d'une contravention. De même, on ne voit pas pourquoi l'article 546 du Code de procédure pénale maintient la faculté d'appeler des jugements de police, à la fois « au procureur de la République et à l'officier du ministère public auprès du tribunal de police ». De la part du premier, cette faculté est évidente puisque c'est lui le chef de parquet, mais il est faux de l'accorder à titre principal au second, car, simple collaborateur du procureur de la République, il ne peut l'exercer que sur délégation expresse ou tacite de celui-ci (254). Ces textes ne sont que des séquelles de l'état de droit créé par le Code de procédure pénale dans sa rédaction de 1958 où l'officier du ministère public près le tribunal de police n'était qu'un subordonné du procureur de la République.

N° 103. — Ayant affirmé que le procureur de la République est le chef du parquet du tribunal de police, le Code de procédure pénale devait faire disparaître les textes qui semblaient refuser tout pouvoir au procureur de la République en matière de contraventions. Ces modifications étaient nécessaires pour que la surveillance des procureurs de la République sur les officiers occupant le siège du ministère public auprès du tribunal de police ne soit pas un vain mot, pour que son rôle de chef de parquet soit assuré.

Désormais, le procureur de la République est informé et invité à donner des instructions relativement à toutes les infractions commises dans son ressort ou dont les auteurs résident ou ont été appréhendés dans son ressort, et cela sans aucune distinction tenant à la nature de l'infraction en question, comme en témoigne l'article 41 :

> « Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale ».

---

(253) Article 45 du Code de procédure pénale : « Le procureur de la République près le Tribunal de grande instance occupe le siège du ministère public devant le Tribunal de police pour les contraventions lorsque la peine attachée à l'infraction poursuivie excède 10 jours d'emprisonnement et 400 francs d'amende.

« Il peut l'occuper également en toute matière s'il le juge à propos au lieu et place du commissaire de police qui exerce habituellement ces fonctions ».

(254) En ce sens, Cass. Crim. 19 juillet 1962, *B.*, 250 ; Paris, 5 novembre 1962, *D.*, 1963, Som. 43.

D'autre part, le procureur, bien que n'étant plus officier de police judiciaire, reste investi de tous les pouvoirs attachés à cette qualité (art. 42, al. 3, C.P.P.) et peut donc dresser lui-même des procès-verbaux constatant des contraventions, encore que ce fait doive rester exceptionnel.

Matériellement, l'information du procureur de la République est réalisée par l'obligation faite aux officiers de police judiciaire de lui faire parvenir, aussitôt que possible, tous les procès-verbaux relatant la commission d'une infraction, qu'il s'agisse d'un crime, d'un délit ou d'une contravention entre lesquels l'article 19 du Code de procédure pénale ne distingue pas. En outre, les articles 27 et 29 du Code de procédure pénale, qui traitent des procès-verbaux dressés par les gardes-champêtres et les gardes particuliers, leur enjoignent de les faire parvenir au procureur de la République en toute matière et non plus seulement lorsqu'ils relatent des crimes et des délits. Ce qu'il faut bien voir, d'ailleurs, c'est la signification de ces dispositions en tant que manifestation de la concentration des pouvoirs aux mains du procureur de la République et des moyens matériels qui lui sont fournis à cette fin, plus que leur portée pratique, car il est bien certain que la transmission de tous les procès-verbaux de contraventions au procureur de la République ne pourra être scrupuleusement respectée particulièrement dans les parquets importants : ce serait noyer bien inutilement le parquet de la Seine que de lui transmettre les quelque huit mille procès-verbaux de contraventions dressés chaque jour dans la région parisienne.

N° 104. — Mais, cette modification de l'organisation du parquet de police a eu pour conséquence un autre changement, cette fois-ci dans le sens de la hiérarchie classique, en ce qui concerne les rapports de l'officier du ministère public près le tribunal de police et du procureur général. Puisque le chef du parquet d'instance est désormais le procureur de la République, nous pouvons dire que le représentant du ministère public auprès du tribunal de police est le subordonné du procureur général.

Il est indéniable que le procureur de la République est le subordonné du procureur général. Cette subordination étant personnelle, il n'y a pas à distinguer suivant qu'il agit comme chef du parquet du tribunal d'instance ou comme chef du parquet du tribunal de grande instance. Les textes nouveaux ont donc, du même coup, accordé au procureur général sur le parquet de police un pouvoir de surveillance et de direction identique à celui qu'il possède sur le parquet de grande instance, pouvoir qui devait lui être dénié sous le régime du Code d'instruction criminelle et qu'il n'aurait eu qu'à un moindre degré si l'on avait maintenu la première rédaction du Code de procédure pénale. Dans cette hypothèse, en effet, où le commissaire de police n'était qu'un subordonné au procureur de la République, le procureur général n'aurait pas pu donner directement des ordres à l'officier du ministère public près le Tribunal de police : le respect de la hiérarchie aurait obligé le procureur général à passer par l'intermédiaire du procureur de la République, de même qu'il oblige le Ministre qui désire donner un ordre à un procureur de la République, à passer par son intermédiaire. Du point de vue pratique, le procureur général aurait donc risqué de se

heurter à la double mauvaise volonté du procureur de la République et du commissaire de police, tous deux chefs de parquet bénéficiant d'un pouvoir propre (255), alors que dans l'organisation actuelle il ne peut redouter que la résistance du procureur de la République.

La nouvelle organisation du parquet d'instance aboutit ainsi, indirectement, à donner plus de réalité à l'autorité que l'article 37 du Code de procédure pénale accorde au procureur général sur les officiers du ministère public de son ressort.

N° 105. — Voilà donc exposée l'organisation hiérarchique du ministère public. Son étude est complexe car elle requiert l'examen simultané de la situation respective de quatre parquets (le parquet du tribunal d'instance, le parquet du tribunal de grande instance, le parquet de la Cour d'appel et le parquet de la Cour de cassation) ; de cinq autorités (l'officier du ministère public auprès du tribunal de police, le procureur de la République, le procureur général, le procureur général près la Cour de cassation et le Garde des sceaux) ; et d'une double hiérarchie, la première à deux degrés (le procureur général à la Cour de cassation et le Garde des sceaux), la seconde à trois degrés (le procureur de la République pris en sa double qualité de chef du parquet du tribunal d'instance et de chef du parquet du tribunal de grande instance, le procureur général et le Garde des sceaux). Mais une organisation aussi scrupuleusement établie ne peut manquer d'avoir d'importantes conséquences.

(255) V. ci-dessous, n°s 142 et s.

CHAPITRE II

LA PORTEE DE L'ORGANISATION HIERARCHIQUE DU MINISTERE PUBLIC : DEPENDANCE ET SUBORDINATION

N° 106. — L'organisation hiérarchique du ministère public a pour but de donner à l'institution, dans l'exercice des fonctions qui lui sont confiées, l'« impulsion suprême » qui, selon Faustin Hélie, en fait toute la grandeur. Néanmoins, la mesure et les limites de cette subordination hiérarchique n'ont jamais été clairement établies, ni quant aux personnes tenues d'obéir, ni quant aux ordres susceptibles d'être donnés. Le doute n'est susceptible de planer, il est vrai, que dans l'ordre hiérarchique.

N° 107. — 1° La conséquence immédiate de l'organisation de chaque parquet, telle que nous l'avons définie, est qu'on peut vraiment dire qu'il n'y a qu'une action du parquet à qui son chef imprime une direction unique. Le parquet agit par l'intermédiaire de multiples bras mus par une seule volonté dirigeant l'ensemble de leur action. Ainsi que le note Trébutien :

> « Le procureur général peut remplir sa fonction de deux manières. Ou par voie d'action directe ou par voie de commandement à ses subordonnés » (256).

Cela ne signifie pas, d'ailleurs, que le procureur de la République et le procureur général doivent se saisir personnellement de l'ensemble des affaires et que les substituts ne sont que des instruments passifs. Cette solution, qui serait peut-être souhaitable, est pratiquement irréalisable. Il est bien certain que ce serait vouer tous les parquets, et spécialement les parquets importants à l'inertie, que d'obliger les substituts à en référer à leur chef chaque fois qu'ils envisagent d'accomplir un acte de leur fonction. S'ils agissent en vertu d'une délégation, celle-ci peut être tacite aussi bien qu'expresse et il convient de distinguer le cas dans lequel le chef du parquet n'a donné aucune indication, de celui où il a donné des ordres précis. Dans la première hypothèse, les substituts accomplissent librement tous les actes qui entrent dans les fonctions du ministère public, à moins que et jusqu'à ce que le procureur ne les désavoue formellement. Dans la seconde, les avocats généraux et les substituts n'ayant aucun pouvoir propre sont tenus d'exécuter les ordres

(256) Ouv. cité, 2e éd., t. 2, p. 80.

formels du procureur qui pourra toujours se substituer à eux pour accomplir l'acte qu'ils auront refusé de faire, ou désavouer celui qu'ils ont accompli contre sa volonté. Pour ne pas paralyser exagérément la marche des affaires, il convient toutefois de présumer jusqu'à manifestation formelle de volonté en sens contraire, qu'un substitut agit conformément à la volonté de son procureur (257).

La règle de la dépendance des substituts à l'égard du procureur se réduit donc à ceci que la volonté de ce dernier est la règle, qu'il peut toujours connaître de toutes les affaires en cours dans son parquet et que tous les ordres qu'il exprime doient être exécutés sous la sanction directe de son pouvoir de substitution au récalcitrant. Mais, lorsque le procureur garde le silence, les substituts ont toute la liberté possible dans l'exercice d'une action qu'ils sont censés conduire pour le procureur et dans le sens où celui-ci le désire.

N° 108. — *a*) La première conséquence de cette unité du parquet est la règle de l'indivisibilité du ministère public sainement entendue. Ce principe, parce qu'il résulte de la nature même des choses et non d'un texte précis, n'a pas toujours été interprété comme il doit l'être. Ainsi, pour Garsonnet : « L'indivisibilité du ministère public consiste en ce que chacun de ses membres agissant dans l'exercice de ses fonctions représente ou engage le corps tout entier, y compris son chef, le Garde des sceaux, comme si l'acte par lui fait émanait de la plus haute autorité » (258). De même, certaines décisions ont fait application de cette idée d'indivisibilité du ministère public au sens large (259). Mais cette conception ne saurait être admise, car n'étant prévue par aucun texte, au point qu'on a pu douter qu'elle existât vraiment (260), l'indivisibilité ne peut être reconnue que dans la mesure où elle est évidente, ce qui est le cas au sein d'un même parquet, mais non de l'ensemble du ministère public.

Puisque le parquet est animé d'une seule volonté et que chacun de ses actes est censé émaner de son chef, seul maître de son action, peu importe l'individu qui agit, l'action reste bien celle du parquet. Les officiers du ministère public auprès d'un même parquet sont « chose fongible » (261), on a pu dire aussi que « de même que dans une association en nom collectif, chaque associé qui se sert de la signature sociale engage la personne morale de la société, de même tout acte fait par un des magistrats du ministère public qui composent le parquet est réputé fait par le parquet entier » (262). Mais cela n'est pas rigoureusement exact. Si l'on veut corriger la comparaison, il faut dire que cette société n'a qu'un seul gérant susceptible de l'engager : le chef de parquet, les autres associés étant seulement fondés de pouvoir, ce pouvoir pouvant leur être librement retiré par le premier. La seule justification ration-

(257) Cass. Crim. 29 avril 1864, *B.*, n° 119.
(258) Garsonnet et César-Bru, ouv. cité, t. 1, n° 187. Dans le même sens : Henrion de Pansey, ouv. cité, t. 1, p. 326 ; — Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 494.
(259) Cass. Crim. 27 août 1825, *B.*, n° 169.
(260) Mangin, ouv. cité, t. 1, n° 105.
(261) Cuche, Précis de procédure civile et commerciale, 4e éd., 1929, n° 88.
(262) Garraud, ouv. cité, t. 1, n° 88 ; — Trébutien, ouv. cité, 1re éd., t. 2, p. 9.

nelle de l'indivisibilité du parquet est, en effet, ce perpétuel pouvoir de substitution accordé au chef du parquet qui fait que l'unité d'action de celui-ci est une réalité. C'est aussi l'absence de ce pouvoir dans les rapports entre procureur général et procureur de la République, et entre Garde des sceaux et procureur général, qui permet de refuser l'extension de la règle à l'ensemble du ministère public comme le voudrait Garsonnet.

N° 109. — L'application pratique la plus généralement citée de l'indivisibilité du parquet est la possibilité unanimement reconnue de tous temps aux membres d'un parquet de se remplacer les uns les autres au cours d'une même audience (263). Un substitut peut requérir l'application de la peine lors même que le siège du ministère public a été durant les débats occupé par un autre (264) et il n'y a pas de cause de nullité dans le fait que deux membres du parquet auraient alternativement porté la parole dans une même affaire (265). Mais la règle de l'indivisibilité n'est pas limitée aux attributions du ministère public à l'audience et elle doit jouer pour tous les actes que les officiers du ministère public font dans les limites de leur pouvoir, que ce soit avant, pendant ou après l'audience.

Il convient, en effet, de condamner la tendance abusivement restrictive qui se manifeste en jurisprudence. La chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé récemment que la règle de la séparation des fonctions n'empêche pas un conseiller à la cour d'appel de connaître d'une affaire qui avait été mise en mouvement alors qu'il n'était que procureur de la République, sous prétexte que les poursuites ayant été exercées par un substitut, le procureur de la République était demeuré « étranger » à cette poursuite et « qu'un magistrat du ministère public, nommé par la suite magistrat du siège, peut connaître comme juge d'une affaire devant la juridiction dont il fait partie, tant qu'il n'est pas prouvé qu'il a pris une part directe ou indirecte à la poursuite de cette affaire » (266). Pour les raisons ci-dessus exposées, c'est un non-sens manifeste que de prétendre qu'un chef de parquet peut rester « étranger » à une poursuite diligentée par son parquet et ne pas y prendre, au moins, une part indirecte et cela même s'il n'a effectué personnellement aucun acte de cette poursuite dont il peut même avoir ignoré l'existence. Les raisons pratiques que fait valoir l'annotateur et qui ont certainement inspiré la solution donnée restent néanmoins insuffisantes pour la justifier.

A l'inverse, cependant, il ne faudrait pas donner à la règle de l'indivisibilité plus d'efficacité qu'elle n'en a. Ainsi que nous l'avons dit, l'action d'un substitut ne peut jamais, sous prétexte d'indivisibilité, lier le chef de parquet qui peut toujours le désavouer ou se substituer à lui. Il est donc certain que, contrairement à l'opinion professée par

(263) Cass. Crim. 15 décembre 1815, rapporté par Guyot, thèse citée, p. 152 ; 2 décembre 1959, *B.*, n° 524.
(264) Cass. Crim. 10 mai 1875, *S.*, 1875, 1, 292 ; 7 janvier 1955, *B.*, n° 2.
(265) Guyot, thèse citée, p. 152 et les décisions citées.
(266) Cass. Crim. 17 décembre 1964, *J.C.P.*, 1965, II, 14042, note R. Combaldieu.

Garsonnet (267), une fin de non-recevoir peut être opposée à l'appel d'un substitut si son chef déclare que cet appel est formé contre sa volonté. Il est certain aussi, contrairement à la position adoptée par MM. Solus et Perrot (268), que l'indivisibilité n'a pas pour effet d'interdire au procureur de la République de faire appel d'un jugement rendu conformément aux conclusions de son substitut, et cela d'autant moins que selon une jurisprudence bien établie, le procureur de la République, qui n'est jamais lié par ses propres conclusions, peut toujours faire appel ou former un pourvoi contre une décision rendue conformément à celles-ci (269), même d'ailleurs s'il l'a déjà fait signifier à la partie condamnée avec injonction de l'exécuter (270) (271).

N° 110. — *b*) La seconde conséquence de l'unité du parquet, la plus importante du point de vue qui nous occupe, est que chaque chef de parquet peut donner à ses substituts qui ne sont que des collaborateurs, tous les ordres qu'il juge bon, qu'il s'agisse d'ordres d'agir, de ne pas agir ou d'agir dans un sens déterminé, et cela en toutes matières, puisque, en matière civile comme en matière répressive, il bénéficie dans son action d'une délégation directe et personnelle de la loi (art. 42 et 43, loi du 20 avril 1810 ; art. 34 et 39 C.P.P.). On ne peut donc parler de « mesure » de la dépendance hiérarchique, celle-ci est absolue, nous verrons, toutefois, qu'il lui est apporté une exception.

N° 111. — 2° Au contraire, la plus grande imprécision règne quant à la portée de la subordination hiérarchique. Sur le plan personnel, on sait que le Garde des sceaux peut donner des ordres, d'une part, au procureur général près la Cour de cassation (art. 620 C.P.P.), d'autre part, aux procureurs généraux des cours (art. 36 C.P.P.), mais qu'il ne peut jamais s'adresser directement à un procureur de la République. Ce dernier ne peut recevoir d'ordres que du procureur général qui est son supérieur immédiat et qui peut s'adresser à lui soit de son propre chef, soit sur l'ordre du ministère de la justice (art. 37 et 36 C.P.P.). Mais, cette règle, qui n'est que l'application logique de l'organisation pyramidale du ministère public, est le seul point dont nous soyons certains. Pour le reste, l'étendue de la subordination hiérarchique des officiers du ministère public demande à être précisée.

N° 112. — *a*) Bien qu'énoncé de façon très succincte par l'article 274 du Code d'instruction criminelle, la légalité du droit pour le Ministre de la Justice de donner aux représentants du ministère public l'ordre

(267) Ouv. cité, t. 1, n° 187 b.
(268) Ouv. cité, t. 1, n° 854.
(269) Cass. Crim. 20 octobre 1964, *B.*, n° 268.
(270) Cass. Crim. 23 décembre 1824, rapporté par Henrion de Pansey, ouv. cité, t. 1, p. 326.
(271) La règle de l'indivisibilité peut encore avoir d'autres conséquences, mais elles sont moins importantes ou plus exceptionnelles. C'est ainsi qu'un substitut ne pourrait être appelé à compléter un tribunal si le procureur doit requérir dans l'affaire en cause car, en raison de l'indivisibilité du parquet, le Ministère public y serait à la fois juge et partie (Cass. Crim. 28 février 1828, *B.*, n° 51).

de poursuivre une infraction (272) et pour le procureur général de donner un ordre semblable au procureur de la République, n'a, semble-t-il, jamais été contestée, encore que sa portée n'ait pas été clairement aperçue par la doctrine. Mais, ce qui est beaucoup plus étrange, c'est qu'il ne semble pas qu'on se soit jamais non plus posé de questions relativement à l'ordre de ne pas poursuivre dont on a toujours admis sans discussion qu'il était illégal. Sauf, peut-être M. Hayoit de Termicourt (273) et M. Vouin (274), la plupart des auteurs, qu'ils commentent le Code d'instruction criminelle ou le Code de procédure pénale, se sont enfermés dans une certitude rassurante. C'est le cas dans la doctrine classique de Mangin :

> « L'action publique n'appartient pas au Ministre de la Justice, il peut bien prescrire de l'intenter, mais la loi ne l'autorise pas à en interdire l'exercice, l'action publique appartient aux procureurs généraux et aux procureurs de la République, les premiers peuvent ordonner aux seconds de faire des poursuites, mais il ne peuvent le leur défendre » (275).

Et, parmi les commentateurs récents du Code de procédure pénale, de M. Blin qui déclare de façon péremptoire :

> « Mais il est certain que, si le Ministre de la Justice a le droit de prescrire aux magistrats du ministère public de poursuivre tous les faits qui lui paraissent constituer des infractions à la loi pénale, la loi n'autorise pas à interdire l'exercice de l'action publique » (276).

Tout au plus, certains d'entre eux semblent-ils admettre la possibilité pour le Ministre de la Justice et le procureur général de donner un ordre de ne pas poursuivre, mais ils ne le font que de façon très indirecte et sans jamais discuter le principe lui-même. Citons, avant le Code de procédure pénale, Goyet :

> « Ils doivent obéissance à leurs supérieurs et, par suite, ils doivent, en conformité des ordres qu'ils reçoivent, intenter selon le cas l'action publique ou s'abstenir de la mettre en mouvement » (277).

---

(272) Nous bornerons notre étude au cas où la légalité des ordres donnés est discutable pour négliger ceux où leur illégalité est manifeste. Il est incontestable qu'un officier du ministère public a le droit comme le devoir de résister à un ordre qui tendrait à lui faire violer les règles fondamentales de ses fonctions en même temps que celles élémentaires de l'honnêteté et de la justice, par exemple, qu'il doit refuser de déférer à l'ordre de distraire ou de détruire des pièces d'un dossier et *a fortiori* le dossier lui-même.

On cite à ce propos une affaire célèbre qui remua vivement l'opinion, la presse et le corps législatif sous le second Empire. Edmond About, dont les relations à la Cour étaient notoires, avait publié un article très violent contre le maire de Saverne qui avait déposé une plainte pour diffamation. Pour étouffer complètement l'affaire, le gouvernement, non content d'avoir, par des pressions, déterminé le maire de Saverne à retirer sa plainte, donna au procureur général de Colmar l'ordre de se rendre à Saverne et de subtiliser le dossier, ce qu'il fit (V. Robinet de Cléry, Des droits et obligations du parquet, agent du gouvernement, 1888, p. 25).

On peut penser, cependant, qu'en droit positif et compte tenu de la rigueur existant en la matière, l'officier du ministère public qui résisterait à un ordre semblable serait susceptible de se voir appliquer une sanction disciplinaire (V. ci-dessus, n° 69).

(273) Discours cité, *Rev. Dt Pén.*, 1936, 961.

(274) Et. citée, *J.T.*, 1953, 81.

(275) Ouv. cité, t. 1, n° 91.

(276) Juris-classeur de procédure pénale, articles 31 à 38.

(277) Ouv. cité, p. 7.

> « Le Garde des sceaux, chef hiérarchique de tous les membres du ministère public, peut leur donner tous les ordres utiles relatifs à l'accomplissement de leur fonction, notamment à l'exercice de l'action publique, il peut les obliger soit à exercer cette action, soit à s'abstenir de le faire » (278).

et, très récemment, MM. Stefani et Levasseur, qui envisagent la possibilité d'un ordre de ne pas poursuivre de façon plus indirecte encore :

> « Si, par exemple, le procureur général interdit à un procureur de la République d'exercer l'action publique, le procureur de la République peut tout de même agir et saisir valablement la juridiction répressive. Au contraire, si un procureur général donne au procureur de la République l'ordre de poursuivre et que celui-ci refuse, les procureur général n'a pas la possibilité d'engager des poursuites en ses lieux et place » (279).

Il semble pourtant que la question mérite d'être discutée sous le régime du Code de procédure pénale comme elle aurait mérité de l'être sous celui du Code d'instruction criminelle, car le nouveau code, pas plus que l'ancien, ne tranche la question de façon définitive.

N° 113. — *b*) Mais doit-on dire que la subordination hiérarchique matérialisée par les ordres de poursuivre et de ne pas poursuivre ne peut jouer qu'en matière de procédure pénale ainsi que pourrait le faire penser la terminologie employée ? L'intégralité de la doctrine processualiste enseigne que la subordination hiérarchique joue en matière civile comme en matière répressive (280). Mais si la mesure de la subordination hiérarchique et spécialement le problème de la légalité de l'ordre de ne pas poursuivre a été fort peu étudié par les pénalistes, elle ne l'a, à notre connaissance, jamais été en matière civile, les auteurs paraissant n'avoir seulement jamais soupçonné qu'il pût y avoir un problème, en sorte qu'il nous faudra, sur ce second point, nous interroger sur l'ensemble des conséquences de la subordination hiérarchique, alors que nous pouvons, en matière répressive, nous borner à examiner la question de la légalité de l'ordre de ne pas poursuivre.

Section I. — SUBORDINATION HIERARCHIQUE ET PROCEDURE PENALE : LA LEGALITE DE L'ORDRE DE NE PAS POURSUIVRE

N° 114. — Peut-être est-il nécessaire, avant de pousser plus loin l'analyse, de définir ce qu'on entend par « ordre de poursuivre » et « ordre de ne pas poursuivre », car il est permis de penser que l'étude de la subordination hiérarchique des officiers du ministère public a été quelque peu perturbée par l'utilisation d'une définition inexacte de la poursuite.

(278) Ouv. cité, p. 348.
(279) Droit pénal et procédure pénale, 2e éd., 1966, t. 2, n° 101.
(280) V. pour le dernier état de la doctrine, H. Solus et R. Perrot, ouv. cité, t. 1, n° 853.

Donner le véritable sens de ce mot n'est d'ailleurs pas aisé, car si nous en connaissons deux définitions différentes, elles sont toutes les deux erronées.

La définition doctrinale, qui est celle qui a été généralement adoptée pour l'étude de la subordination hiérarchique, est abusivement restrictive. Elle ne considère comme acte de poursuite que l'acte par lequel le ministère public met l'action publique en mouvement (281), position qui ne peut être défendue car il répond au bon sens que lorsque le ministère public exerce l'action publique il « poursuit » au sens logique du terme.

Mais la définition jurisprudentielle de la poursuite à laquelle on peut faire appel pour compléter celle que nous fournit la doctrine doit être utilisée avec prudence car elle paraît, à l'inverse, abusivement extensive. Cela s'explique facilement. La jurisprudence n'a guère eu à se prononcer sur la qualification à donner aux actes du procès pénal qu'à propos du problème de savoir si ces actes sont ou non interruptifs de la prescription de l'action publique. Or, nous savons que la jurisprudence, très sensible aux critiques adressées à l'institution de la prescription, interprète d'une façon extensive toutes les dispositions qui permettent de lui faire échec et spécialement les textes qui prévoient les causes d'interruption de son délai et permettent d'allonger celui-ci (282). Aujourd'hui (art. 6 et 7 C.P.P.) comme hier (art. 637 et 638 C.I.C.), seuls les « actes d'instruction et de poursuite » jouent ce rôle interruptif et la jurisprudence est ainsi amenée à élargir le domaine de chacun de ces actes.

Si l'on s'attache aux solutions pratiques données par la jurisprudence, on découvre ainsi que sont des actes de poursuite, non seulement tous les réquisitoires du ministère public, mais aussi la plainte avec constitution de partie civile de la victime d'une infraction qui met l'action publique en mouvement (283) ; toutes les ordonnances rendues par le juge d'instruction (284) ; enfin, les différentes décisions de remise de cause rendues par les juridictions de jugement (285). Tout cela, marqué au coin d'un manque de mesure évident, ne peut être retenu.

N° 115. — C'est néanmoins la jurisprudence qui nous donne la solution véritable car sa solution de principe reste bonne, si l'application qui en est faite est douteuse :

> « On doit entendre par poursuite tous les actes qui sont faits en justice par les personnes que la loi autorise et dont le but est de parvenir à constater un délit et à en faire punir l'auteur » (286).

---

(281) V. ci-dessous, n° 128 et note 305.
(282) C. Gavalda, La théorie de la prescription des actions en procédure pénale, dans *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, 1956, p. 77.
(283) Cass. Crim. 29 mars 1856, *D.P.*, 1856, 1, 269.
(284) Cass. Crim. 21 octobre 1961, *B.*, 394.
(285) Cass. Crim. 31 mai 1949, *J.C.P.*, 1949, II, 5207, note A. Colombini ; — 1er décembre 1949, *J.C.P.*, 1950, II, 5363, note A. Colombini.
(286) Cass. Crim. 29 mars 1856, *D.P.*, 1856, 1, 269.

Cette définition est bien celle qui mérite d'être retenue car elle met en évidence les deux éléments qui permettent, selon nous, de caractériser l'acte de poursuite. L'acte de poursuite est un acte « fait en justice », ce qui suppose que l'action publique est engagée et élimine à la fois les actes antérieurs à la mise en mouvement de l'action publique et les actes postérieurs à son règlement définitif par une juridiction. L'acte de poursuite est un acte fait en justice « par les personnes que la loi autorise... à constater un délit et à en faire punir l'auteur », or ces personnes sont « les magistrats et fonctionnaires auxquels (l'action publique) est confiée par la loi » (art. 1 C.P.P.), c'est-à-dire les officiers du ministère public. Constituent donc des actes de poursuite tous les actes accomplis par le ministère public depuis la mise en mouvement de l'action publique jusqu'à ce qu'une décision judiciaire définitive soit intervenue sur la question et ceux-là seulement (287).

Si l'on applique cette définition au problème qui nous préoccupe, on en déduit que poursuivre, ce n'est pas seulement mettre l'action publique en mouvement, c'est aussi exercer l'action publique, soutenir l'accusation depuis la saisine de l'autorité judiciaire jusqu'au jugement définitif et que ne pas poursuivre peut être aussi bien ne pas mettre l'action publique en mouvement qu'abandonner l'accusation, ce qui ne signifie pas que le représentant du ministère public devra se désister comme un plaideur ordinaire, car il n'en a pas la possibilité, mais qu'il ne devra pas requérir la condamnation. Pratiquement, ordonner de poursuivre peut être ou bien ordonner l'accomplissement d'un acte de saisine d'une autorité judiciaire (mise en mouvement de l'action publique, exercice d'une voie de recours), ou bien ordonner le dépôt de réquisitions tendant à la condamnation de la personne poursuivie. Interdire de poursuivre peut consister ou bien à interdire la mise en mouvement de l'action publique, ou bien à interdire de déposer des conclusions, ou bien à prescrire le dépôt de réquisitions tendant au non-lieu, à la relaxe ou à l'acquittement de la personne poursuivie (288).

N° 116. — Y a-t-il lieu, alors, de distinguer entre les différents ordres possibles pour admettre la validité des uns et l'illégalité des autres ? Doit-on prendre en considération la personne de celui qui donne l'ordre pour se prononcer sur sa validité ? C'est cette dernière solution qui semblait, sous le régime du Code d'instruction criminelle, avoir la préférence de la doctrine pénaliste classique, la seule qui se soit quelque peu préoccupée de la question. Si elle croit trouver, dans certains articles du Code d'instruction criminelle, la preuve de l'illégalité de l'ordre de ne pas poursuivre, en général, elle soutient surtout que celui-ci ne peut pas émaner du Garde des sceaux parce que le Ministre de la Justice étant

(287) V. en ce sens, conclusions Matter pour, Cass. ch. réunies, 29 janvier 1931, *D.P.*, 1931, 1, 94.

(288) Ce sont là les hypothèses essentielles qui recouvrent à peu près toutes celles qui sont pratiquement concevables. Pour ne pas compliquer l'exposé, nous négligeons les variantes qui pourraient consister à ordonner le dépôt de réquisitions plus ou moins sévères que celles prévues ou d'ores et déjà déposées ou à prescrire une correctionnalisation, par exemple. Il suffit de savoir qu'elles sont possibles.

« étranger » à l'exercice de l'action publique doit se cantonner dans une mission de surveillance.

Suivant la même méthode de pensée, nous distinguerons d'une part l'ordre de ne pas poursuivre donné par le Garde des sceaux, et, d'autre part, l'ordre de ne pas poursuivre, en lui-même et indépendamment de la personne qui le donne.

§ 1. — LE GARDE DES SCEAUX ET L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE (289)

N° 117. — La doctrine classique s'est plu à affirmer que le Garde des sceaux ne peut interdire l'exercice de l'action publique parce qu'il n'a aucun droit sur cette action. Elle est, semble-t-il, démentie par les textes du Code d'instruction criminelle, suivi, en cela, par le Code de procédure pénale, et ne trouve qu'un appui insuffisant dans une jurisprudence contestable.

A) La Position Doctrinale

N° 118. — La doctrine classique tirait argument, pour déclarer le Garde des sceaux étranger à l'exercice de l'action publique de l'article 1 du Code d'instruction criminelle : « L'action publique pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi... », et l'on répétait que le Garde des sceaux ne peut ni exercer ni entraver l'exercice de l'action publique, parce que le Code d'instruction criminelle excluant le système de l'accusation populaire, c'est-à-dire de la non-limitation des personnes qui peuvent exercer l'action publique, l'exercice n'en appartient qu'à ceux auxquels un texte le confère. Or, aucun texte n'attribue expressément au Ministre de la Justice l'exercice de l'action publique, celle-ci ne lui appartient pas, son rôle doit donc être limité au seul cas prévu par l'article 274 du Code

---

(289) Bien que la possibilité pour le Garde des sceaux de donner l'ordre de ne pas poursuivre soit unanimement condamnée par la doctrine et que notre étude si situe exclusivement sur le plan théorique, il faut remarquer qu'elle est bien ancrée dans les mœurs de la chancellerie. On peut trouver des circulaires qui décident que des infractions d'ores et déjà commises ne seront pas poursuivies (29 mars 1907, *Rev. Dt Pub.*, 1907, 297 et note 1) et d'autres, plus nombreuses encore, qui interdisent d'intenter des poursuites sans en avoir référé (V. l'impressionnante liste citée par Oudinot, Les droits du Ministre de la Justice dans l'exercice de l'action publique, thèse, Paris, 1910, p. 85 et note 1, et, à titre d'exemple, cette circulaire récente du 13 mai 1952, *J.C.P.*, 1952, III, 17415, remplacée depuis par une circulaire du 24 février 1958, inédite, mais rédigée dans les mêmes termes :

« J'ai constaté que certains parquets, en même temps qu'ils adressaient à ma chancellerie des demandes de dispense d'âge en vue de contracter mariage, me rendaient compte qu'ils exerçaient des poursuites pénales contre des séducteurs de mineurs de moins de 15 ans, du chef d'attentat à la pudeur. J'estime que de telles poursuites (au cas où le mariage semble souhaitable et où les intéressés paraissent effectivement disposés à le contracter) sont, en principe, inopportunes.

« ... Aucune information ne devra à l'avenir être en principe ouverte dans ce domaine (lorsque le mariage est demandé et paraît souhaitable) sans qu'un rapport circonstancié m'ait été soumis »).

d'instruction criminelle : il ne peut que prescrire d'intenter une poursuite. Rappelons les propos de Mangin :

> « L'action publique n'appartient pas au Ministre de la Justice : il peut bien prescrire de l'intenter, mais la loi ne l'autorise pas à en interdire l'exercice » (290).

Une semblable formule se retrouve chez tous les auteurs du XIX^e^ et du XX^e^ siècles, ainsi chez M. Hayoit de Termicourt : « Le Garde des sceaux n'est pas magistrat du ministère public et n'a aucune qualité pour exercer les actions confiées à celui-ci par la loi » (291) et elle a eu tellement d'influence que l'affirmation en est reprise chez certains commentateurs du Code de procédure pénale bien que la formule qui lui servait de base ait disparu et que l'article 1 du Code de procédure pénale ne dispose plus que l'action publique « appartient » au ministère public. M. Blin écrit ainsi :

> « Le Ministre de la Justice n'a qu'un droit de surveillance et de direction sur les officiers du ministère public, il ne participe pas personnellement à l'exercice de l'action publique » (292).

Mais, outre que cette affirmation est fausse en elle-même, elle s'appuie sur un postulat dont la véracité mérite d'être discutée : celui de l'extranéité du Garde des sceaux par rapport à l'action publique.

Fausse en elle-même, elle l'est d'abord parce qu'elle repose sur un article mal rédigé. Il ne s'est pas trouvé un auteur qui ne critiquât la formule maladroite de l'article 1 du Code d'instruction criminelle (293). Il est certain, en effet, que l'action publique n'« appartient » pas au ministère public qui n'en a que l'exercice, elle n'appartient qu'à la société, qui seule, peut en disposer par voie d'amnistie ou d'abrogation de la loi pénale, alors que le ministère public ne peut ni transiger, ni se désister, ni acquiescer.

Mais cette formule est fausse, aussi, en ce qu'elle est radicalement insuffisante à justifier une prohibition telle que celle qu'on a voulu y trouver. En effet, si l'on tire de l'article 1 du Code d'instruction criminelle que le Garde des sceaux ne peut entraver l'exercice de l'action publique uniquement parce que celle-ci ne lui appartient pas, on doit logiquement en déduire que le procureur général peut interdire au procureur de la République d'exercer certaines poursuites, parce qu'aux termes de l'article 1, l'action publique lui appartient. Or, telle n'est pas la conclusion de ceux qui invoquent l'article 1 du Code d'instruction criminelle. Ainsi Mangin :

> « L'action publique appartient aux procureurs généraux et aux procureurs de la République. Les premiers peuvent ordonner aux seconds de faire des poursuites, mais ils ne peuvent le leur défendre » (294).

---

(290) Ouv. cité, t. 1, n° 91.
(291) Discours cité, *Rev. Dt Pén.*, 1936, 961.
(292) Juris-classeur de procédure pénale, articles 31 à 38.
(293) Le Poittevin, Code d'instruction criminelle annoté, 1911, article 1, n° 12 ; — Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3^e^ éd., 1947, n° 606 ; — J. Granier, Juris-classeur de procédure pénale, articles 1 à 5.
V. aussi, Cass. Crim. 2 mars 1827, *D.*, 1827, 1, 158 ; 3 janvier 1834, *D.*, 1835, 1, 139 ; 21 novembre 1939, *D.*, 1940, 1, 384.
(294) Ouv. cité, t. 1, n° 91.

Cet illogisme marque bien l'insuffisance de l'argument.

En second lieu, le postulat sur lequel repose la prohibition faite au Ministre de la Justice peut paraître excessif et on ne peut, en tous cas, y souscrire sans que sa véracité soit établie de façon indiscutable. Est-il vrai que les textes déclarent le Ministre de la Justice étranger à l'exercice de l'action publique ?

B) Le Garde des Sceaux et les Textes

N° 119. — Un point est certain, en tous cas : le Ministre de la Justice n'est pas étranger au déroulement du procès pénal. Il paraît incontestable qu'à de nombreuses reprises le Code de procédure pénale accorde au Ministre de la Justice, en dehors du droit d'ordonner des poursuites, soit un droit d'impulsion, soit un droit de regard, et cela aussi bien en ce qui concerne l'action publique de droit commun à certains stades de la procédure, que certaines poursuites ou situations particulières. Certes, le Code de procédure pénale a apporté sur ce point au Code d'instruction criminelle quelques modifications, mais, certaines d'entre elles ont eu pour résultat de diminuer le rôle du Ministre de la Justice, d'autres lui accordent de nouveaux pouvoirs en sorte que la balance est à peu près égale entre les nouveaux textes et les textes anciens.

N° 120. — En ce qui concerne l'action publique de droit commun, tout d'abord, le Code de procédure pénale (art. 620) comme le Code d'instruction criminelle (art. 441) accorde au Ministre de la Justice le droit de donner l'ordre au procureur général près la Cour de cassation de dénoncer à la chambre criminelle les « actes judiciaires, arrêts ou jugements contraires à la loi » afin qu'ils puissent être annulés dans l'intérêt de la loi. Aucune modification n'est apportée non plus, en ce qui concerne le pourvoi en révision (art. 622 et s. C.P.P. ; art. 443 et s. C.I.C.). Le droit de demander la révision d'un procès est toujours accordé au Ministre de la Justice soit concurremment avec le condamné, sa famille ou ses représentants dans les trois premiers cas prévus par la loi (présentation de nouvelles pièces de nature à faire douter de l'existence de la victime d'un homicide prétendu ; condamnation d'une autre personne pour les mêmes faits, en sorte que les deux condamnations sont inconciliables ; condamnation d'un témoin pour faux témoignage contre l'accusé ou le prévenu), soit, à titre exclusif et discrétionnairement — après avis, purement consultatif, d'une commission — dans le quatrième cas (survenance ou découverte de faits ou pièces inconnus lors des débats et de nature à établir l'innocence du condamné). A noter, d'ailleurs, que si la demande est formée par une autre personne que le Ministre, elle doit tout de même passer par son intermédiaire encore qu'il soit obligé de la transmettre. C'est aussi et toujours le Ministre de la Justice qui a le droit de suspendre l'exécution de la peine en cas de pourvoi en révision et jusqu'à la saisine de la Cour de cassation si le condamné est détenu.

Le Code de procédure pénale, plus que le Code d'instruction criminelle, assure aussi l'information du Ministre de la Justice. Deux dispositions nouvelles prévoient, l'une (art. 615) que « lorsqu'un arrêt ou un

jugement est annulé pour violation des formes substantielles prévues par la loi, une expédition de la décision est transmise au Ministre de la Justice », l'autre (art. 713, al. 1) que « lorsque la peine prononcée est la mort, le ministère public, dès que la condamnation est devenue définitive, la porte à la connaissance du Ministre de la Justice ».

Enfin, en matière d'exécution des peines, les articles 730 à 733 du Code de procédure pénale donnent au Garde des sceaux le droit d'accorder la libération conditionnelle et de révoquer cette mesure, et, si ce droit n'est pas nouveau (art. 2, 4, 5, 1. 14 août 1885), sa mention dans le code est nouvelle.

N° 121. — Le Ministre de la Justice intervient aussi dans des situations plus particulières, mais, sur ce second point, le Code de procédure pénale semble marquer plus nettement un rétrécissement de son rôle.

C'est toujours lui qui fait un rapport au Conseil des ministres afin que celui-ci décide si le premier ministre ou un autre membre du gouvernement pourra comparaître comme témoin dans une affaire selon les formes de droit commun ou sera entendu selon une procédure particulière (art. 652 et s. C.P.P. ; art. 520 et s. C.I.C.). C'est toujours lui, aussi, qui fait tenir un casier judiciaire central où sont conservées les fiches des personnes nées à l'étranger ou dont l'identité est douteuse (art. 771 C.P.P. ; art. 592 C.I.C.) (295). Sur les autres points, au contraire, le rôle du Ministre de la Justice a été diminué.

En ce qui concerne, tout d'abord, le renvoi d'une juridiction à une autre pour cause de sûreté publique, l'article 544 du Code d'instruction criminelle prévoyait que les officiers chargés du ministère public devaient adresser « leurs réclamations, leurs motifs et les pièces à l'appui » au Ministre de la Justice qui les transmettrait, s'il y avait lieu, à la Cour de cassation. C'était là lui donner un incontestable pouvoir d'appréciation, et le droit de ne pas transmettre s'il estimait qu'« il n'y avait pas lieu ». Désormais, c'est « seulement à la requête du procureur général près la Cour de cassation » que l'article 665 du Code de procédure pénale prévoit que la chambre criminelle pourra accorder le renvoi pour cause de sûreté publique, sans que le ministre puisse intervenir. Mais peut-être les rédacteurs du Code de procédure pénale ont-ils simplement voulu unifier les solutions données en matière civile et en matière répressive (296). Au contraire, la disparition du Ministre de la Justice de la procédure de poursuite des infractions commises par les magistrats et certains fonctionnaires, est consacrée sans équivoque possible.

---

(295) A noter cependant un changement de terminologie qui pourrait être symptomatique. L'article 592 du Code d'instruction criminelle parlait d'un « casier judiciaire central institué au ministère de la justice » là où l'article 771 du Code de procédure pénale dispose que « le Ministre de la Justice fait tenir un casier judiciaire central ». N'y a-t-il pas dans cette référence personnelle une affirmation indirecte de la part importante accordée au Ministre de la Justice dans la marche de la justice criminelle ?

(296) Seul le procureur général près la Cour de cassation a toujours été habilité à demander le renvoi pour cause de sûreté publique en matière civile (art. 65 de la constitution du 22 frimaire an VIII et art. 79, titre VI, L. 27 ventôse an VIII). V. H. Solus et R. Perrot, ouv. cité, t. 1, n° 808.

Lorsqu'une de ces personnes avait commis hors de l'exercice de ses fonctions un crime ou un délit ou dans l'exercice de ses fonctions un simple délit, l'article 481 du Code d'instruction criminelle prévoyait l'envoi au Ministre de la Justice d'une copie des dénonciations ou des plaintes ainsi que d'une copie des pièces, et c'est le ministre, ainsi averti, qui transmettait les pièces à la Cour de cassation chargée de désigner la juridiction qui connaîtrait de l'affaire. Dans le Code de procédure pénale et uniquement pour les infractions commises hors de l'exercice des fonctions, c'est le procureur de la République saisi de l'affaire qui présente directement requête à la Chambre criminelle (679 C.P.P.). Lorsqu'un crime était commis dans l'exercice des fonctions, celui-ci était dénoncé au Ministre de la Justice qui donnait ordre, s'il y avait lieu, au procureur général près la Cour de cassation de poursuivre sur la dénonciation en sorte que c'était lui qui mettait ainsi directement en mouvement l'action publique (art. 486 C.I.C.). Désormais, en cas de commission dans l'exercice des fonctions d'un crime ou d'un délit, le procureur de la République saisi « transmet sans délai le dossier au procureur général près la Cour de cassation » qui engage et exerce l'action publique sans que le ministre ait à intervenir et sans même, semble-t-il, qu'il soit nécessaire de l'avertir (art. 681 C.P.P.).

N° 122. — Quelle que soit la diminution du rôle du Ministre de la Justice que semble marquer le Code de procédure pénale, dans des cas particuliers, et qui n'est pas à la vérité très nette (car elle peut parfois s'expliquer par des raisons étrangères à la procédure pénale, comme, par exemple, en matière de renvoi pour cause de sûreté publique), il est parfaitement vain de soutenir qu'en l'état actuel des textes, le Ministre de la Justice est étranger à l'exercice de l'action publique de droit commun et la vanité de cette affirmation était *a fortiori* la même sous le régime du Code d'instruction criminelle. Pourtant, s'associant à la doctrine dominante, ou plutôt lui servant de point d'appui, une jurisprudence à la vérité limitée, mais récemment réaffirmée, avait soutenu que le Ministre de la Justice est étranger à l'exercice de l'action publique.

C) La Jurisprudence

N° 123. — La majorité des auteurs classiques invoquent à l'appui de leur position trois arrêts de la Cour de cassation, mais, en réalité, un seul d'entre eux mérite d'être retenu.

Les deux premiers arrêts, en effet (297), s'ils contiennent une formule très nette et qui paraît poser un principe général : « Attendu que les ministres ne peuvent anéantir ni suspendre l'effet des lois pénales ; que ce droit n'appartient qu'au corps législatif et au Roi lorsqu'il veut user de son droit de faire grâce », ne peuvent être pris en considération. Ils ont été rendus, en effet, dans deux espèces semblables où les condamnés invoquaient pour leur défense une note du Ministre de la guerre publiée au journal officiel et qui promettait l'impunité à ceux qui,

(297) Cass. Crim. 28 juillet 1814, *B.*, n° 34 ; 14 avril 1815, *B.*, n° 26.

détenant illégalement des armes et des effets militaires, en feraient spontanément la remise, avant une date déterminée, aux autorités habilitées à les recevoir. Quels que soient, en effet, les liens qui peuvent unir le ministère public au pouvoir exécutif et justifier la subordination de celui-ci à celui-là, il est certain que le « pouvoir exécutif » en ce qui concerne le ministère public, c'est le Ministre de la Justice et lui seul. Les autres ministres, et, d'une façon générale, les autorités politiques et administratives, ne peuvent jamais présenter de requêtes et, *a fortiori*, donner d'ordres directement à un chef de parquet, ils doivent nécessairement passer par l'intermédiaire du Garde des sceaux, seul habilité à entrer en rapport avec les officiers du ministère public. En l'occurrence, il est incontestable qu'on ne pouvait reconnaître une efficacité juridique quelconque à la décision du Ministre de la Guerre, mais que la solution donnée, si elle est parfaitement fondée en ce qui la concerne, ne peut être transposée au cas du Garde des sceaux.

Au contraire, l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 22 décembre 1827 (298) peut être invoqué à bon droit. Cet arrêt casse la décision rendue par une Cour d'appel qui, en s'appuyant sur ce que « la suprême direction de toutes les actions publiques appartient au ministre », avait jugé que l'action publique intentée contre un magistrat prévenu d'un délit de dénonciation calomnieuse était non recevable parce que le Ministre de la Justice n'avait autorisé le procureur général qu'à provoquer des poursuites disciplinaires contre ce magistrat. La Cour de cassation condamne nettement cette doctrine :

> « Attendu que c'est une erreur manifeste de prétendre que le Ministre de la Justice a la suprême direction de l'action publique pour la punition des crimes et des délits ; que cette direction est expressément confiée aux cours royales par l'article 9 du Code d'instruction criminelle... »

mais elle se borne à procéder par simple affirmation.

Cet arrêt, sans équivoque, il est vrai, était donc le seul qui pouvait soutenir la position des auteurs, car il ne semble pas que la jurisprudence ait été appelée à se prononcer à nouveau au cours du XIX^e^ et du début du XX^e^ siècles.

N° 124. — Mais, très récemment, et pour une raison qui nous échappe, la Cour de Paris, à la suite du Tribunal correctionnel de Corbeil, a jugé opportun de reprendre l'affirmation de principe selon laquelle :

> « M. le Ministre de la Justice... ne participant pas à l'action publique... n'a pu dessaisir le ministère public du droit qu'il tient de la loi d'exercer l'action publique ».

Cela nous paraît d'autant plus surprenant qu'en l'espèce, cette considération n'était d'aucune utilité aux deux juridictions pour régler le litige qui leur était soumis (299).

---

(298) *B.*, n° 218.

(299) Trib. Correct. Corbeil 5 avril 1954, *Rev. Crit. D.I.P.*, 1954, 602, note J. Léauté ; Paris 16 mai 1956, *Rev. Crit. D.I.P.*, 1957, 100, note J. Léauté.

Il s'agissait d'un accident d'automobile causé par un membre des forces de l'O.T.A.N. au cours duquel un autre membre des mêmes forces avait été

N° 125. — Quoi qu'il en soit, ni la doctrine, ni cette jurisprudence insuffisamment motivée ne nous paraissent convaincantes au regard des textes. Si aucun de ceux-ci n'accorde, personnellement et de façon générale, au Garde des sceaux l'exercice de l'action publique, c'est pour la raison de bon sens que d'une part, il n'est pas chef de parquet, ce qui explique qu'il passe par l'intermédiaire du procureur général près la Cour de cassation lorsqu'il veut saisir cette juridiction, et que, d'autre part, il lui serait matériellement impossible de s'intéresser à toutes les affaires en cours. S'il n'apparaît, dans le Code de procédure pénale, qu'au stade du pourvoi en cassation et en révision, c'est parce que l'éventualité de ces voies de recours témoigne de l'importance de l'affaire et que le nombre de celles-ci étant considérablement diminué il est possible au Ministre de prendre connaissance de certaines d'entre elles. Mais, si le Garde des sceaux peut dénoncer à la Chambre criminelle « les actes judiciaires, arrêts ou jugements contraires à la loi », c'est à l'évidence qu'il bénéficie d'un droit de regard sur toutes les phases de la marche des procédures. A tort ou à raison, l'esprit comme la lettre du Code d'instruction criminelle et du Code de procédure pénale associent étroitement le Ministre de la Justice à l'exercice de l'action publique.

Il est donc certain qu'on ne peut rationnellement refuser au Garde des sceaux la possibilité d'interdire l'exercice des poursuites pour cela qu'il serait étranger à l'exercice de l'action publique. Du point de vue qui nous occupe, aucune distinction n'est justifiée entre le Garde des sceaux et le procureur général. Peut-on alors leur dénier le droit d'interdire l'exercice des poursuites parce que l'ordre de ne pas poursuivre est, en soi, illégal ?

---

tué. La juridiction française, conformément à l'article 7, 3°, c, de la convention de Londres du 19 juin 1951, avait accepté de se dessaisir au profit de la juridiction américaine stationnée à la base de l'O.T.A.N. La décision avait été portée à la connaissance des autorités américaines par le Garde des sceaux, mais le procureur de la République avait aussi, de son côté, averti ces autorités. Le Tribunal correctionnel de Corbeil relève alors :

« Attendu que, par lettre datée du 30 décembre 1953, M. le Ministre de la Justice informait les autorités de l'Etat d'origine qu'une décision de dessaisissement était intervenue... Attendu qu'il convient d'observer que cette décision, directement portée à la connaissance des mêmes autorités par M. le procureur de la République près ce tribunal dans la lettre précédemment indiquée, émane et ne peut émaner que de cet officier du ministère public et non de M. le Ministre de la Justice, lequel ne participe pas directement à l'exercice de l'action publique... ».

Cette affirmation qui, une fois de plus, n'était pas nécessaire au règlement de l'affaire (il s'agissait de savoir si, les autorités américaines n'ayant finalement donné aucune suite à l'affaire, l'action civile de la veuve de la victime était recevable devant les juridictions répressives françaises) était d'autant plus inopportune, ainsi que le fait remarquer M. Léauté, que la renonciation à sa compétence juridictionnelle par un Etat au profit d'un autre Etat doit s'analyser comme une renonciation à une prérogative étatique qui ne peut émaner que d'une autorité politique. C'est donc plus en sa qualité de membre du gouvernement que de Ministre de la Justice que le Garde des sceaux avait agi en l'espèce et il est certain, en tous cas, que le parquet était rigoureusement incompétent pour procéder à une semblable renonciation : « La décision se situe hors de l'instruction criminelle, sur le plan du droit public et des relations diplomatiques ».

§ 2. — L'ORDRE DE NE PAS POURSUIVRE ET LES TEXTES

Aucun texte de la législation napoléonienne n'attribuait au Ministre de la Justice et au procureur général le droit d'interdire une poursuite qu'un procureur de la République avait décidé d'intenter. De plus, on pouvait prétendre que certains articles du Code d'instruction criminelle étaient incompatibles avec l'existence d'un droit semblable. La question se pose dans des termes différents depuis la promulgation du Code de procédure pénale.

A) Les Textes du Code d'Instruction criminelle

N° 126. — On pouvait invoquer, d'abord, et c'est le seul argument jamais avancé par la doctrine classique à l'appui de sa position, l'article 1 du Code d'instruction criminelle. C'est alors le revers de l'argument invoqué pour retirer au Ministre de la Justice le droit de s'opposer à la poursuite : on ne peut retirer au ministère public le droit d'exercer l'action publique, parce que celle-ci lui appartient et qu'il peut donc l'exercer librement. Mais nous avons déjà signalé l'inexactitude de rédaction de cet article qui lui enlève toute valeur.

N° 127. — On pouvait aussi, comme M. Hayoit de Termicourt (300), faire appel à d'autres articles.

L'éminent magistrat invoque tout d'abord l'article 481 du Code d'instruction criminelle que nous avons déjà analysé (301). Cet article, relatif à la procédure à suivre pour la répression des infractions commises par certains fonctionnaires, hors de l'exercice de leurs fonctions, disposait qu'en telle occurrence, l'officier qui avait reçu les dénonciations ou les plaintes serait tenu d'en envoyer de suite des copies au Ministre de la Justice « sans aucun retard de l'instruction » qui serait continuée. M. Hayoit de Termicourt fait alors remarquer que ce texte qui insiste sur ce que la transmission ne doit s'accompagner d'aucun retard ne laisse point de place à l'exercice d'un droit de veto du Ministre. Nous croyons que c'est là forcer le sens du texte qui signifie simplement qu'on ne doit pas surseoir à l'instruction en attendant l'avis du Ministre, cet unique souci de célérité étant manifesté par l'exigence d'une expédition « de suite » des documents. Cette même formule était d'ailleurs souvent reprise par le Code d'instruction criminelle, ainsi, à l'article 58 qui prévoyait que le juge d'instruction se transportant sur les lieux d'un crime flagrant pouvait requérir la présence du procureur de la République « sans aucun retard néanmoins des opérations prescrites », ce qui ne signifiat pas, évidemment, que le procureur de la République ne pouvait venir et faire entendre son avis.

M. de Termicourt invoque encore l'article 27 du Code d'instruction criminelle qui envisageait l'hypothèse dans laquelle les procureurs de la République acquéraient la connaissance d'un délit, hypothèse dans

(300) Discours cité, *Rev. Dt Pénal*, 1936, 961.
(301) V. ci-dessus, n° 121.

laquelle les procureurs « seront tenus... d'en donner avis au procureur général... » et il fait remarquer qu'il n'est point du tout question ici du Ministre de la Justice. Cela est indiscutable, mais la fonction du Ministre de la Justice ne consiste pas uniquement à surveiller l'exercice de l'action publique, et on ne peut pas plus obliger les procureurs de la République à avertir la chancellerie chaque fois qu'il se commet une infraction en France, que la chancellerie à se pencher sur chaque poursuite. Cependant, ce texte ne signifiait pas que lorsque le Ministre serait personnellement informé de la commission d'une infraction, il ne pourrait pas faire connaître son sentiment sur la poursuite. Néanmoins, il semble que ce même article aurait été plus convaincant en ce qui concerne l'interdiction faite au procureur général de s'opposer à l'exercice des poursuites. En effet, si le procureur de la République doit exécuter les ordres de celui-ci, ce sont ses ordres « relativement à tous les actes de police judiciaire », ce qui suppose qu'on donne une suite aux renseignements d'ores et déjà rassemblés.

N° 128. — On pouvait, enfin, déduire l'illégalité de l'ordre de ne pas poursuivre de l'article 274 lui-même :

> « Le procureur général, soit d'office, soit sur les ordres du Ministre de la Justice, charge le procureur de la République de poursuivre les délits dont il a connaissance ».

A la vérité, cet article, le seul qui envisageât directement la question, avait pu être interprété de diverses manières. Déjà, en 1869, Reverchon pouvait en dénombrer quatre :

> « Les uns se sont efforcés d'établir que l'autorité du Ministre de la Justice en cette matière se réduit à un simple droit de surveillance et qu'ainsi, non seulement il ne peut pas imposer aux magistrats l'obligation de prendre des conclusions ou des réquisitions déterminées, mais qu'il ne peut pas même leur prescrire de poursuivre... les autres ont, au contraire, prétendu que le Ministre de la Justice peut non seulement prescrire, mais même interdire la poursuite et qu'il peut, en cas de poursuite, ordonner au ministère public de prendre à l'audience, des conclusions ou réquisitions déterminées... une troisième opinion a essayé d'établir des distinctions soit entre les crimes et les délits politiques et ceux qui n'ont pas ce caractère, soit entre les affaires civiles et les affaires criminelles. Enfin, une dernière opinion... admet que le Ministre de la Justice a le droit d'ordonner la poursuite, mais soutient qu'il n'a ni le droit de l'interdire ni le droit de prescrire les conclusions à prendre et écarte, en droit au moins, toutes distinctions à cet égard » (302).

Si l'on élimine la première opinion mentionnée qui, étant manifestement contraire à la lettre du texte, ne peut retenir l'attention, l'analyse de Reverchon montre que les doutes avaient pu naître en deux sens, d'une part, sur la nature des infractions à propos desquelles le Ministre et le procureur général pouvaient donner des ordres, d'autre part, quant à la portée de ces ordres.

Sur le premier point, l'objection n'est pas très sérieuse. Certes, l'article 274 n'envisage que l'ordre de poursuivre les « délits », mais ce terme a le plus souvent un sens général alors surtout qu'il n'est

(302) Et. citée, *Le Droit*, 8, 9, 10 février 1869.

pas employé par opposition à ceux de « crime » et de « contravention » (303). De plus, dans ce cas particulier, l'article 274 était placé dans la partie du code consacrée aux « affaires soumises au jury » et il était difficile de soutenir qu'il ne pouvait jouer en matière de crime. Quant à la prétendue distinction entre les infractions de droit commun et les infractions politiques, elle était purement divinatoire. Enfin, la distinction faite à la tribune de la chambre des députés le 20 décembre 1871 par le Garde des sceaux entre la validité de l'ordre de poursuivre une catégorie de délits et l'illégalité de l'intervention dans la poursuite d'un délit déterminé, ne semble pas non plus justifiée par le texte (304).

Quant à la portée des ordres susceptibles d'être donnés, le laconisme du texte justifiait beaucoup mieux les hésitations.

Le doute n'aurait pas dû naître, il est vrai, en ce qui concerne la portée de l'ordre de poursuivre, la définition même de la poursuite montrant que le Ministre et le procureur général pouvaient donner aussi bien un ordre d'engager la poursuite que celui d'exercer une voie de recours ou de déposer des conclusions tendant à la condamnation, qu'ils avaient le droit de surveiller d'une façon général la marche de toute affaire, d'intervenir à tous les stades de la procédure et, surveillant l'exécution des ordres donnés, celui de les réitérer ou d'en donner de nouveaux en cas de désobéissance. Pourtant, la quasi-unanimité de la doctrine s'accordait à définir le droit d'ordonner la poursuite comme celui d'ordonner la mise en mouvement de l'action publique et à limiter, en conséquence, l'action des supérieurs hiérarchiques du procureur de la République à l'origine de l'information encore que cette position soit manifestement contraire à une définition de la poursuite (305).

En ce qui concerne l'ordre de ne pas poursuivre, il est évident qu'il n'est pas mentionné par le texte, mais, de plus, M. Hayoit de Termicourt (306) croit en trouver la possibilité condamnée implicitement. Il soutient que lorsque cet article prescrit au procureur général de charger le procureur de la République, soit d'office, soit sur les ordres du Ministre, de poursuivre les délits dont il a connaissance, il est inconciliable, en ce qui concerne la première obligation, avec tout droit du Ministère d'interdire la poursuite, car, comment concilier l'obli-

(303) Merlin, Répertoire cité, v° Délit : « Ce terme, pris dans son acception la plus étendue désigne et les crimes proprement dits et toutes les actions répréhensibles dans l'ordre social ».

(304) Interpelé à la Chambre des députés pour n'avoir pas, au gré de certains, prescrit une répression suffisamment sévère des fauteurs de troubles de la Commune, le Garde des sceaux répond : « ... Ce n'est pas le gouvernement qui poursuit, il remet entre les mains des dignitaires de la justice indiqués par la loi le soin de poursuivre ; il le leur confie et ensuite eux cherchent les coupables, informent pour les trouver, ordonnent la mise en jugement... nous manquerions à tous nos devoirs si nous disions à celui qui est chargé de diriger les informations : « votre information a mal à propos compris un innocent, omis un coupable : renvoyez l'un, comprenez l'autre dans la poursuite, nous vous l'ordonnons ». Non, nous n'avons pas ce droit... ». *Journal officiel*, 21 décembre 1871, p. 5131 à 5133.

(305) Limitation expresse : Robinet de Cléry, ouv. cité, p. 54 ; — Reverchon, ét. citée, *Le Droit*, février 1869.

Limitation implicite : Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 534 ; — Le Sellyer, ouv. cité, t. 1, n° 248 ; — Mangin, ouv. cité, t. 1, n° 91 ; — Donnedieu de Vabres, ouv. cité, n° 1082.

(306) Discours cité, *Rev. Dt Pén.*, 1936, 961.

gation d'agir d'office du procureur général avec la possibilté pour le Ministre d'enrayer cette action ? Mais cette affirmation procède de la même confusion que nous avons déjà dénoncée à propos des droits des substituts. Toute autorité du ministère public, quelle qu'elle soit et à quelque échelon qu'elle se trouve, a toujours la possibilité d'agir d'office et librement tant qu'elle n'est pas saisie d'instructions précises de la part des autorités qui lui sont supérieures. Il n'y a donc aucune incompatibilité entre l'obligation d'agir d'office du procureur général qui s'exercera lorsqu'il aura personnellement connaissance d'une infraction et ne sera saisi d'aucune instruction de la part du Ministre et la possibilité pour ce dernier d'interdire en telle occurrence l'exercice des poursuites. Mais, si cet article ne peut être invoqué à l'appui de l'impossibilité pour le Ministre d'interdire l'exercice des poursuites, il semble qu'il aurait été, une fois encore, plus convaincant à l'appui d'une telle interdiction faite au procureur général. L'article 274 est, en effet, rédigé en termes impératifs. Il semble faire au procureur général une véritable obligation de donner au procureur de la République l'ordre de poursuivre, lorsqu'il acquiert la connaissance d'un délit, et, si telle est l'interprétation de ce texte, il est bien certain que, dans la mesure où le procureur général a l'obligation d'ordonner des poursuites, il n'a pas la faculté de les interdire.

N° 129. — Voilà le bilan textuel du Code d'instruction criminelle et il est mince. Si l'ordre de poursuivre paraît consacré sans limitation possible, le problème de la validité de l'ordre de ne pas poursuivre était incertain : sur quatre articles invoqués, aucun n'interdisait franchement au Garde des sceaux de s'opposer à l'exercice de l'action publique ; deux, au contraire, pouvaient sembler faire cette interdiction au procureur général. Pourtant, dans le silence des textes, il nous paraissait difficile d'en admettre la validité étant donné la différence pratique qui existe entre l'ordre de poursuivre et l'ordre de ne pas poursuivre :

> « Les deux situations sont absolument différentes. La mise en mouvement de l'action répressive ne préjuge rien : ni le réquisitoire du procureur général qui peut conclure à l'abandon des poursuites ; ni le jugement des tribunaux, qui peuvent absoudre les prévenus ; mais, au moins, la justice aura ouvert son œil investigateur, elle aura pesé le pour et le contre dans ses balances impartiales. Toutes autres sont les conséquences de l'interdiction des poursuites ; en ce cas, le Ministre (ou le procureur général) se substitue au pouvoir judiciaire et absoud le coupable sans qu'aucune garantie soit donnée à la vindicte publique » (307).

Il appartenait, en tous cas, au Code de procédure pénale de faire cesser toutes ces incertitudes. Il ne l'a fait que partiellement.

B) Les Textes du Code de Procédure pénale

N° 130. — Aucun des articles du Code d'instruction criminelle cités relativement à cette question n'a été repris exactement dans le nouveau code. L'article 1 du Code de procédure pénale, s'il reprend la substance

(307) R. Hayoit de Termicourt, Discours cité, *Rev. Dt Pén.*, 1936, 961.

de l'article 1 du Code d'instruction criminelle, a fait disparaître l'imperfection de sa rédaction. Désormais, il n'y est plus dit que l'action publique « appartient » aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, mais que l'action publique est « mise en mouvement et exercée » par ces fonctionnaires. Voilà donc disparu un argument à la vérité bien faible. L'article 27 du Code d'instruction criminelle a lui aussi disparu et non pas seulement en substance mais dans son intégralité, nous avons déjà vu que le Code de procédure pénale ne prévoit plus l'obligation pour le procureur de la République d'informer le procureur général chaque fois qu'il se commet une infraction. Il en est de même, enfin, de l'article 481 du Code d'instruction criminelle non repris dans le nouveau code parce que la procédure à suivre en ce qui concerne la poursuite des infractions commises par certains hauts fonctionnaires est totalement différente de cette élaborée par le Code d'instruction criminelle pour la poursuite de cette catégorie d'affaires.

Reste alors l'article 274 du Code d'instruction criminelle qui a donné naissance aux deux articles 36 et 37 du Code de procédure pénale qui sont désormais le siège de la matière :

Article 36 :

> « Le Ministre de la Justice peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi dont il a connaissance, lui enjoindre d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le Ministre juge opportunes ».

Article 37 :

> « Le procureur général a autorité sur tous les officiers du ministère public du ressort de la Cour d'appel. A l'égard de ces magistrats il a les mêmes prérogatives que celles reconnues au Ministre de la Justice à l'article précédent ».

Il est à noter avant tout, que la situation du Ministre de la Justice et celle du procureur général sont désormais entièrement assimilées, l'une étant définie par rapport à l'autre. Les différences, incertaines, il est vrai, que nous avions cru pouvoir relever entre eux dans deux articles du Code d'instruction criminelle sont donc à rejeter.

N° 131. — Les articles 36 et 37 du Code de procédure pénale donnent à première vue aux supérieurs hiérarchiques du procureur de la République deux droits : le premier est celui d'ordonner d'engager des poursuites, le second est celui d'ordonner le dépôt de réquisitions conformes au désir du Ministre de la Justice ou du procureur général. Mais nous ne croyons pas que ces deux droits aient rigoureusement la même signification. En effet, nous avons défini l'ordre de poursuivre comme étant celui qui permet à la fois d'ordonner la mise en mouvement de l'action publique et le soutien de cette action par des conclusions adéquates ; tandis que l'ordre de ne pas poursuivre s'entend à la fois de celui de ne pas engager de poursuites, de celui de ne pas conclure et de celui de déposer des réquisitions tendant au non-lieu, à l'acquittement ou à la relaxe. Or, si l'article 36 vise bien le droit d'enjoindre, d'engager ou de faire engager des poursuites, il n'envisage pas uniquement la possibilité de soutenir l'accusation au moyen de réquisitions tendant à la

condamnation, sinon il aurait été rédigé dans la forme suivante : « Le Ministre de la Justice peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, lui enjoindre d'engager ou de faire engager des poursuites et de saisir la juridiction compétente de réquisitions tendant à l'application de la loi ». Cette rédaction présente avec celle adoptée une double différence : d'une part elle comporte la conjonctive « et » au lieu de l'alternative « ou » qui signifie, en bon français, qu'il n'y a pas identité entre le premier membre de la phrase et le second ; d'autre part, le passage relatif aux réquisitions est rédigé en des termes infiniment plus généraux puisqu'ils visent les réquisitions écrites « que le Ministre juge opportunes » et que nous ne voyons pas ce qui pourrait empêcher le Ministre de juger opportun de déposer des réquisitions tendant à l'abandon des poursuites.

Il semble donc que les articles 36 et 37 attribuent au Garde des sceaux et aux procureurs généraux quant aux réquisitions de leurs subordonnés, deux droits qui ne sont pas identiques : le premier est celui d'ordonner le dépôt de réquisitions tendant à la condamnation, complément du droit d'ordonner qu'il soit procédé à la poursuite ; le second est celui d'ordonner le dépôt de réquisitions tendant au non-lieu, à la relaxe ou à l'acquittement. Si le Code de procédure pénale ne donne pas expressément aux supérieurs hiérarchiques du procureur de la République le droit de s'opposer à la mise en mouvement de l'action publique, il semble lui accorder celui d'ordonner l'abandon des poursuites. C'est bien l'avis de M. Salingardes, qui écrit :

> « Comme par le passé, aucun texte ne permet à l'autorité hiérarchique d'interdire aux procureurs de la République l'exercice de l'action publique. On doit cependant déduire de l'article 36 qu'elle peut inviter le procureur de la République à saisir au terme d'une information le juge d'instruction de réquisitions écrites à fin de non-lieu » (308).

Mais nous ne voyons pas pourquoi M. Salingardes limite le droit d'intervention de l'autorité hiérarchique à la fin de l'instruction. Le texte parlant de façon générale de « réquisitions écrites » doit pouvoir s'appliquer aussi longtemps que le ministère public peut déposer de semblables réquisitions, c'est-à-dire à tous les stades de la procédure et jusqu'au jugement définitif. Certes, à l'audience, le ministère public prend généralement des réquisitions orales, mais cela ne l'empêche pas de déposer aussi des réquisitions écrites qui pourront lui être dictées.

N° 132. — Peut-on alors pousser plus loin l'analyse ? Peut-on dire que, du fait que le Code de procédure pénale prévoit et autorise une des manifestations de l'ordre de ne pas poursuivre, il valide l'autre implicitement et ajouter cet argument de bon sens que si l'on n'autorise pas le Garde des sceaux et les procureurs généraux à interdire de déclencher des poursuites, ils attendront que l'action publique soit mise en route et ordonneront d'abandonner l'accusation ? Nous ne le croyons pas. Si nous avons dit que l'ordre de poursuivre et l'ordre de ne pas

(308) Juris-classeur de procédure pénale, articles 39 à 44.

poursuivre sont susceptibles chacun de deux manifestations essentielles, chacune de ces deux manifestations n'a pas, dans les deux cas, la même valeur. L'ordre de déposer des réquisitions soutenant l'accusation est de même nature que l'ordre d'engager les poursuites et il a les mêmes effets. Il y a, au contraire, une profonde différence entre l'ordre de ne pas poursuivre et celui de déposer des conclusions abandonnant l'accusation, différence qui ressemble, d'ailleurs, à celle signalée entre l'ordre de poursuivre et l'ordre de ne pas poursuivre : le premier est entièrement arbitraire, il n'est soumis à aucun contrôle ; à l'inverse, le bien-fondé du dépôt de réquisitions tendant au non-lieu ou à la relaxe, sera contrôlé par la juridiction devant laquelle sera fait ce dépôt, car une juridiction, quelle qu'elle soit, n'est jamais tenue de se conformer au réquisitoire qui lui est soumis. En raison de cette profonde différence, nous ne pensons pas qu'on puisse dire que l'article 36 du Code de procédure pénale consacre la validité de l'ordre de ne pas intenter de poursuite.

Reste à savoir, enfin, si, bien que non consacrée par le Code de procédure pénale, la validité de l'ordre de ne pas mettre l'action publique en mouvement est cependant admise implicitement par lui à raison de l'existence d'autres principes. C'est ce que pensent, à peu près seuls parmi la doctrine, MM. Vouin et Leauté :

> « Il est certain que la hiérarchie doit toujours pouvoir rappeler leurs devoirs aux membres du parquet et que le devoir d'un procureur de la République peut être éventuellement de ne pas poursuivre en vertu du principe de l'opportunité des poursuites » (309).

Leur argumentation ne peut, cependant, être retenue, car elle repose sur un postulat erroné. Nous verrons, en analysant la place faite par le Code de procédure pénale à l'appréciation de l'opportunité de la poursuite par les officiers du ministère public que, si ceux-ci gardent, en fait, la possibilité de se faire juges de cette opportunité, le Code de procédure pénale ne leur en reconnaît pas le droit et ne leur fait pas, *a fortiori*, un devoir de se livrer à cette appréciation (310).

L'illégalité ne s'attache donc désormais, en matière répressive, qu'à l'ordre de ne pas mettre l'action publique en mouvement. Toutes les autres manifestations de l'ordre de ne pas poursuivre sont, au contraire, expressément validées. Quelle est, maintenant, la mesure de la subordination hiérarchique en matière civile ?

---

(309) Droit pénal et procédure pénale, 2e éd., 1965, p. 190.

(310) V. ci-dessous, nos 310 et s., et plus particulièrement, sur la combinaison des exigences de la subordination hiérarchique avec la possibilité d'appréciation de l'opportunité des poursuites par le ministère public, n° 314.

Section II. — SUBORDINATION HIERARCHIQUE ET PROCEDURE CIVILE : VALIDITE DES ORDRES D'AGIR ET DE NE PAS AGIR

N° 133. — Pour poser un problème moins débattu que le précédent, il convient, en premier lieu, de modifier la terminologie et de parler, non plus d'ordre de poursuivre et d'ordre de ne pas poursuivre, mais d'ordre d'agir et d'ordre de ne pas agir. Il faut aussi, en second lieu, préciser quel peut être le contenu exact de ces ordres en matière civile, alors que le rôle du ministère public est, en matière civile, sensiblement différent de son rôle en matière répressive.

En matière civile, le ministère public peut agir par voie d'action ou par voie de réquisitions. Agissant comme partie principale, il peut être soit demandeur soit défendeur. C'est lorsqu'il agit en demande que la transposition est la plus aisée, car son rôle est à peu près identique à celui qu'il tient en matière répressive, on peut dire qu'il exerce une action publique civile. Dans ce cas, l'ordre d'agir se traduit par celui d'exercer l'action, d'intenter une voie de recours ou de conclure dans un sens déterminé ; celui de ne pas agir par l'interdiction d'exercer l'action, l'ordre de ne pas conclure ou de déposer des conclusions tendant à renoncer à la demande. Si le ministère public partie principale est défendeur, l'ordre d'agir sera celui d'intenter une voie de recours ou de conclure dans tel ou tel sens ; l'ordre de ne pas agir sera celui de ne pas conclure ou de déposer des conclusions favorables à la demande.

Lorsque le ministère public agit par voie de réquisitions, la situation est plus complexe, en ce sens que les réquisitions en question étant toujours prises oralement, à l'audience, aucune volonté supérieure ne peut les enchaîner. En droit positif (311), on doit décider qu'aucun ordre quant à la teneur de ses conclusions ne peut être adressé au ministère public agissant par voie de réquisitions. Dans ce dernier cas, l'ordre d'agir se borne donc à l'ordre de prendre communication de la procédure, dans l'hypothèse seulement où celle-ci est facultative (puisque la communication légale ou judiciaire est obligatoire pour le ministère public) ; l'ordre de ne pas agir est celui de ne pas prendre communication, dans la seule hypothèse, évidemment, où la communication n'est pas obligatoire (312).

N° 134. — Ceci étant, les deux ordres d'agir et de ne pas agir, sous leurs différentes manifestations, peuvent-ils être donnés aux officiers

---

(311) V. ci-dessous, n°s 155 et s.

(312) Un problème intéressant est susceptible de se poser en matière de communication judiciaire, si, les juridictions ayant ordonné au ministère public de prendre communication de la procédure (art. 83 C. pr. civ., seul cas dans lequel une juridiction peut adresser une injonction à un officier du ministère public), son supérieur hiérarchique lui interdisait de le faire. Il semble que dans l'hypothèse où l'officier du ministère public déférerait à l'ordre reçu de son supérieur et ne prendrait pas communication, le tribunal qui n'a aucun moyen de pression sur lui, devrait rendre sa décision, mais que celle-ci serait soumise, de la part des parties, à l'action en nullité, sanction du défaut de communication obligatoire.

du ministère public par leurs supérieurs hiérarchiques ? A cette question, l'unanimité de la doctrine processualiste répond par l'affirmative (313). Pourtant et à y regarder de plus près, cette unanimité ne nous paraît pas suffisante pour nous y rallier sans réserve. En effet, il ne semble pas que ces auteurs aient clairement aperçu toute la complexité du problème : ils se bornent à dire que les officiers du ministère public peuvent recevoir des ordres de leurs supérieurs hiérarchiques, mais ils ne s'interrogent ni sur le contenu ni sur la portée de ces ordres ainsi que le faisaient, mal il est vrai, les pénalistes. De plus, ils ne citent à l'appui de leur position ni un texte ni une décision en sorte que leur propos paraît être beaucoup plus une affirmation gratuite que le résultat d'un raisonnement élaboré qu'il n'est peut-être pas inutile de tenter encore qu'il doive se révéler difficile.

Le Code de procédure civile étant muet en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement du ministère public, c'est par les textes d'organisation judiciaire qu'il faut essayer de les définir en matière de justice civile (314). Cela n'est pas simple pourtant, tant en raison de l'insuffisance des textes antérieurs à l'ordonnance du 23 décembre 1958 qu'à l'incertitude où nous plonge celle-ci.

§ 1. — LA SITUATION ANTERIEURE A L'ORDONNANCE DU 23 DECEMBRE 1958

N° 135. — En ce qui concerne le rôle du Ministre de la Justice, tout d'abord, il semble que les lois d'organisation judiciaire, qui se sont occupées de ses rapports avec les magistrats du parquet, n'ont jamais reconnu à celui-ci d'autre droit que celui de correspondre habituellement avec ces magistrats, de les surveiller et de les reprendre, ce qui ne peut s'entendre que de son pouvoir disciplinaire. Les textes du droit intermédiaire étaient très clairs à cet égard. L'article 5 de la loi des 27 avril - 25 mai 1791 comprenait parmi les attributions du Ministre de la Justice celle : « d'entretenir une correspondance habituelle avec les tribunaux et les commissaires du Roi, de donner aux juges des tribunaux de district et des tribunaux criminels tous les avertissements nécessaires et de veiller à ce que la justice soit bien administrée » ; l'article 3 de la loi du 10 vendémiaire an IV, que nous avons déjà rencontré, allait beaucoup plus loin qui précisait que si : « le Ministre de la Justice donne aux juges tous les avertissements nécessaires et veille à ce que la justice soit bien administrée », c'est « sans pouvoir connaître du fond des

(313) Garsonnet et César-Bru, ouv. cité, t. 1, n° 179 ; — Glasson et Tissier, ouv. cité, t. 1, n° 111 ; — Japiot, ouv. cité, n° 228 ; — Morel, ouv. cité, n° 157 ; — G. Cornu et J. Foyer, ouv. cité, p. 242 ; — H. Solus et R. Perrot, ouv. cité, t. 1, n° 853 ; — P. Cuche et J. Vincent, ouv. cité, n° 157.

(314) Il ne serait pas besoin d'insister sur le fait qu'il ne peut, en aucun cas, être fait appel aux textes de la procédure pénale, si certains auteurs n'avaient pas, parfois, cru pouvoir fonder la subordination hiérarchique en matière civile, sur l'article 274 du Code d'instruction criminelle (V. en ce sens, Reverchon, ét. citée, *Le Droit*, février 1869, rapporté, ci-dessus, n° 128). Ce point de vue ne peut cependant être retenu, la règle spéciale ne pouvant s'appliquer qu'au cas en vue duquel elle a été instituée, si la règle générale à une aptitude à régir l'ensemble des situations (V. ci-dessus, n° 51).

affaires » ; l'article 81 du sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X n'ajoutait rien ; enfin, l'article 60 de la loi du 20 avril 1810 disposait seulement que : « les officiers du ministère public dont la conduite est répréhensible seront rappelés à leur devoir par le procureur général du ressort et il en sera rendu compte au Grand juge qui, suivant la gravité des circonstances, leur fera faire par le procureur général les injonctions qu'il jugera nécessaires ou les mandera devant lui », tandis que l'article 61 ajoutait : « les cours impériales sont tenues d'instruire le Grand juge, Ministre de la Justice, toutes les fois que les officiers du ministère public manquent au devoir de leur état et qu'ils en compromettent l'honneur, la délicatesse et la dignité ». Ce parti pris initial des textes d'organisation judiciaire qui n'accordaient au Ministre de la Justice qu'un droit de regard sur la personne des officiers du ministère public sans lui donner expressément celui de s'immiscer dans les activités judiciaires des membres du parquet, ne semble pas s'être démenti au cours du XIX^e^ et du XX^e^ si.ècles.

Qu'en est-il maintenant des pouvoirs du procureur général ? La situation est au moins aussi délicate en ce qui le concerne et non plus cette fois en raison des textes mais de leur ambiguïté. On pourrait, de l'exégèse de la loi du 20 avril 1810 et du décret du 6 juillet de la même année tirer aussi bien la possibilité que l'impossibilité pour le procureur général de diriger l'action civile du procureur de la République, mais il semble que la balance devait néanmoins pencher dans le premier sens (315).

N° 136. — Quoi qu'il en soit, et depuis les textes de 1810, la pratique était bien fixée en ce sens que les supérieurs hiérarchiques du procureur de la République dirigeaient en matière civile l'action de celui-ci chaque fois que cela leur paraissait nécessaire, appuyés pour cela sur leur pouvoir disciplinaire et encouragés par l'exemple de la procédure pénale, d'autant plus que dans le silence des textes il n'y avait pas lieu de distinguer entre l'ordre d'agir et l'ordre de ne pas agir. Nous rencontrons alors une situation analogue à celle que nous avons déjà décrite au sein du parquet alors qu'aucun texte ne définissait la situation des substituts du procureur agissant en matière civile (316) : une coutume s'était instaurée selon laquelle les officiers du ministère public des

(315) Pour la négative :

— Article 45 de la loi du 20 avril 1810 : « Les procureurs généraux exerceront l'action de la justice criminelle dans toute l'étendue de leur ressort », d'où l'on pourrait tirer *a contrario* qu'il n'ont pas le même pouvoir en matière de justice civile.

Mais, pour l'affirmative :

— Article 42, alinéa 1, du décret du 6 juillet 1810 : « Toutes les fonctions du ministère public sont spécialement et personnellement confiées à nos procureurs généraux » ;

— Article 47 de la loi du 20 avril 1810 : « Les substituts du procureur général exerceront la même action, dans les mêmes cas, d'après les mêmes règles, sous la surveillance et la direction du procureur général », combiné avec l'article 43 de la même loi, qui qualifie le procureur de la République de « substitut du procureur général ».

(316) V. ci-dessus, n° 89.

juridictions inférieures, subordonnés aux procureurs généraux des cours, eux-mêmes subordonnés au Ministre de la Justice, devaient, en matière civile, exécuter tous les ordres de ceux-ci. Avec la souplesse qui caractérise les règles non écrites cette coutume établie en marge de la loi, mais non contre elle, autorisait donc tous les ordres sans distinction.

Ce n'est que l'existence de cette coutume qui permet de donner un sens aux termes de l'ordonnance du 23 décembre 1958 qui, pris en eux-mêmes. sont pour le moins incertains.

§ 2. — L'ORDONNANCE DU 23 DECEMBRE 1958

N° 137. — L'article 5 de l'ordonnance du 23 décembre 1958, le seul qui puisse nous éclairer quelque peu, déclare que : « les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du Garde des sceaux, Ministre de la Justice », et il ajoute : « à l'audience leur parole est libre ».

Le moins qu'on puisse dire est que le choix des termes employés n'est pas spécialement judicieux. On peut tout d'abord se demander ce qu'est l'« autorité » du Garde des sceaux, le mot « autorité » n'ayant aucune signification juridique particulière et pouvant désigner aussi bien le seul pouvoir disciplinaire du Ministre de la Justice qu'un pouvoir juridique plus complet, la suite du texte inclinant, d'ailleurs, vers la première solution puisque les autres articles de l'ordonnance qui envisagent les rapports du Garde des sceaux et des officiers du ministère public se situent sur le plan strictement statutaire (art. 48 ; art. 59 et s.). En ce qui concerne maintenant les procureurs généraux, le texte est un peu plus satisfaisant, la « direction » pouvant assurer un droit de regard sur l'exercice des fonctions si le « contrôle » paraît viser le droit de surveillance disciplinaire.

Mais, si le principe de la subordination semble ainsi établi, au moins en ce qui concerne les procureurs généraux, on peut toujours s'interroger sur sa portée et à ce point de vue la seconde proposition de l'article 5 n'arrive pas à lever tous les doutes. Certes, si la loi a jugé bon de préciser qu'à l'audience la parole des officiers du ministère public est libre, c'est sans doute parce qu'avant l'audience leur action ne bénéficie pas de la même liberté, opinion dans laquelle nous confirment les modifications apportées à cet article au cours des travaux préparatoires (317), mais encore aurait-il fallu le dire, le dire de façon non équivoque et en précisant à quoi ils sont tenus, ce qui n'a pas été fait.

---

(317) L'article 3 de l'avant-rapport présenté à la commission de la justice de l'Assemblée Nationale par M. Minjoz (*Le Pouvoir Judiciaire,* janvier 1953) qui a donné naissance à l'article 5 de l'ordonnance, prévoyait, en outre, dans un alinéa 3, depuis supprimé, que : « dans les décisions de caractère juridictionnel que la loi peut les appeler à prendre, ils (les officiers du ministère public) ne relèvent que de leur conscience ».

La suppression de cette disposition marque nettement la volonté de subordination étroite des officiers du ministère public à leurs supérieurs hiérarchiques.

N° 138. — A la vérité, le seul moyen de donner un sens précis à l'article 5 de l'ordonnance du 23 décembre 1958 est de le confronter avec la situation antérieure. Nous avons vu qu'une coutume s'était instaurée, selon laquelle les supérieurs hiérarchiques des officiers du ministère public pouvaient leur donner tous les ordres qu'ils jugeaient bon, sans distinction entre ces différents ordres. Pour abroger cette coutume, il aurait fallu un texte précis en sens contraire, or ce n'est pas du tout le but de l'article 5 qui, aussi malhabile et fragmentaire qu'il soit, contient indiscutablement l'affirmation d'un principe d'autorité. On doit donc négliger les termes mêmes employés par l'article 5 pour admettre qu'il ne fait que valider la situation antérieure. Le résultat, c'est que l'ordre d'agir comme l'ordre de ne pas agir sous chacune de leurs différentes manifestations peuvent être donnés aux officiers du ministère public agissant en matière civile, par leurs supérieurs hiérarchiques.

N° 139. — On en arrive ainsi à cette conclusion, pour le moins paradoxale, que c'est en matière civile, là où les textes sont inexistants ou incertains, et dans une matière où la subordination hiérarchique des officiers du ministère public les uns aux autres et, ensemble, au pouvoir exécutif est le plus difficilement justifiable que cette subordination est la plus complète, alors qu'en matière répressive, où elle a été consacrée par les textes depuis 1810 et où elle peut se justifier plus facilement, la mesure en est plus restreinte.

Mais il ne suffit pas de s'interroger sur la légalité des ordres susceptibles d'être donnés, il faut aussi le faire sur leur efficacité, en voyant, après avoir défini la mesure de la subordination hiérarchique, quelles sont les exceptions qui lui sont apportées.

CHAPITRE III

LES LIMITES DE LA SUBORDINATION ET DE LA DEPENDANCE HIERARCHIQUES

N° 140. — Il est de tradition de répéter que les ordres donnés par leurs supérieurs hiérarchiques aux membres du ministère public sont dépourvus de toute sanction juridique, en ce que la juridiction saisie malgré l'ordre de ne pas intenter de poursuites l'est valablement, tandis que la même juridiction ne sera pas saisie malgré un ordre en ce sens, si le procureur, compétent pour le faire, n'exécute par l'ordre qu'on lui a donné. Ainsi Mangin écrit-il :

> « Les uns et les autres (les procureurs généraux et les procureurs de la République) peuvent mettre mal à propos en mouvement l'action publique et contrairement aux instructions qu'ils ont reçues, mais les tribunaux n'en sont pas moins valablement saisis et l'improbation dont le Ministre de la Justice ou le procureur général frapperait la poursuite n'empêcherait pas qu'elle suivît le cours que la loi a tracé » (318).

Cette solution est tirée du traditionnel pouvoir propre des chefs de parquet, qui résulte de ce que les supérieurs hiérarchiques d'un procureur récalcitrant ne se voient pas attribuer le droit de se substituer à lui pour agir à sa place :

> « Les liens hiérarchiques qui unissent entre eux les membres du ministère public ne donnent pas, de plein droit à chaque magistrat supérieur, le droit de faire, par lui-même et en son nom les actes attribués aux agents immédiatement placés sous ses ordres... l'unité du ministère public consiste simplement dans l'unité de direction et cette unité se manifeste en ce que tous les membres du ministère public doivent obéir à l'impulsion de leurs chefs hiérarchiques et exécuter les ordres qu'ils reçoivent » (319).

Il est habituel, aussi, d'affirmer que les ordres donnés n'ont que peu d'efficacité, puisqu'on s'est toujours accordé à reconnaître au ministère public une certaine liberté tirée de l'adage traditionnel « si la plume est serve, la parole est libre ».

N° 141. — Mais, si la première limite est, comme son nom l'indique, une prérogative personnelle qui n'est accordée qu'aux seuls chefs de parquet, la liberté de parole a toujours été considérée comme une préro-

(318) Ouv. cité, t. 1, n° 91.
(319) Garraud, ouv. cité, t. 1, n° 150.

gative de fonction dont bénéficient tous les membres du ministère public. Elle joue donc, non seulement dans l'ordre hiérarchique, mais aussi au sein de chaque parquet pour tous les officiers du ministère public à l'égard de leur chef immédiat. S'il est vrai de dire que le parquet « réside tout entier » dans la personne de son chef, il est faux de qualifier par dérision, ses substituts de « turlutains » (320).

Enfin, sauf différences de détail qui pourront être signalées au cours de l'étude, il semble qu'il n'y a pas lieu de distinguer, à ce point de vue, entre le ministère public agissant en matière civile et en matière répressive. Le pouvoir propre des chefs de parquet de la liberté de parole des officiers du ministère public, peut, en effet, jouer dans les deux cas.

Section I. — LE POUVOIR PROPRE DES CHEFS DE PARQUET, EXCEPTION A LA SUBORDINATION HIERARCHIQUE

N° 142. — Chaque chef de parquet est le maître incontesté de son parquet. Puisqu'il en est ainsi, nul ne doit pouvoir agir à sa place. Tel est le principe, et, à ce point de vue, il n'y a pas à distinguer entre le Ministre de la Justice et le procureur général : ce dernier ne pourrait pas plus se substituer à un procureur de la République récalcitrant, que le Garde des sceaux ne peut se substituer à lui en cas de passivité ou de désobéissance de sa part. Il nous semble, néanmoins, que la façon dont on exprime habituellement cette règle est tantôt excessive, tantôt insuffisante, et que le domaine du pouvoir propre des chefs de parquet mérite d'être précisé. D'autre part, il nous apparaît que le Code de procédure pénale attribue au procureur général, mais cette fois-ci à lui seul, un pouvoir nouveau qu'on pourrait appeler pouvoir indirect de substitution.

§ 1. — DOMAINE DU POUVOIR PROPRE DES CHEFS DE PARQUET

N° 143. — C'est dans les articles 1 et 22 du Code d'instruction criminelle que les pénalistes trouvaient la source du pouvoir propre des chefs de parquet. Ces articles attribuaient directement aux représentants du ministère public le pouvoir de rechercher et de poursuivre les infractions à la loi pénale sans avoir à solliciter d'instructions préalables. Ces articles se retrouvent en substance dans le Code de procédure pénale aux articles 1 et 41, alinéa 2, sous une forme plus exacte pour le premier

(320) Les Historiettes de Tallemant des Reaux, 2e éd., 1840, par Monmerque, t. 7, p. 212 : « Madame de Gondran fut à Bourbon l'automne de 1659. Il y avait là un vieux barbon de doyen des *turlutains* (1) de M. le procureur général, nommé Choppin ».

(1) « Ce mot dérive d'une sorte d'alouette, dite *turlut*, dont le chant n'est point varié. Le ministère public réside tout entier dans la personne du procureur général, et, par plaisanterie, Tallemont appelle *Turlutains* les substituts, parce que, concluant comme leur chef, ils ont *même ramage* ».

et plus étendue pour le second, qui vise désormais non seulement les crimes et les délits mais aussi les contraventions. D'une façon plus générale, le pouvoir propre des chefs de parquet résulte de tous les textes de la procédure pénale et de la procédure civile qui investissent directement ces officiers de l'ensemble des attributions du ministère public. Ces articles ne sont cependant pas suffisants pour montrer toute la complexité de ce qu'on appelle le pouvoir propre, pas plus qu'ils n'en désignent exactement les titulaires.

A) Le « Pouvoir propre »

N° 144. — La prérogative traditionnelle des représentants du ministère public d'être les seuls maîtres au sein d'un parquet dont ils sont les chefs se présente sous deux aspects que l'on peut appeler le droit d'impulsion et le droit de résistance. Le droit d'impulsion, le seul que consacrent, expressément, les articles 1 et 41, alinéa 1, du Code de procédure pénale, est à son tour susceptible de deux degrés.

1° Au premier degré, le droit d'impulsion est un droit d'initiative qui n'est pas, à vrai dire, propre aux chefs de parquet, mais appartient à tous les membres du ministère public. C'est le droit que nous avons déjà rencontré, d'agir librement chaque fois qu'on n'est pas saisi d'instructions précises de la part d'un supérieur immédiat :

> « Ces magistrats (du ministère public) peuvent prendre efficacement l'initiative des poursuites, sans l'ordre de leurs supérieurs hiérarchiques » (321).

Ce droit d'initiative est une nécessité à tous les stades de la hiérarchie du ministère public, et à l'intérieur même de chaque parquet, pour ne pas paralyser exagérément la marche de la justice. C'est la manifestation la plus évidente, et, par conséquent, la moins intéressante du pouvoir propre des membres du parquet.

2° Au second degré, le droit d'impulsion est un droit d'appréciation personnelle, cette fois-ci, accordé aux seuls chefs de parquet : c'est le droit pour le procureur de la République et le procureur général d'agir comme ils l'entendent, sans avoir à rendre de comptes à personne, tant qu'ils n'ont pas été invités soit à rendre compte, soit à agir dans un sens déterminé. Mais cette seconde manifestation du droit d'impulsion est, il est vrai, plus que méconnue, condamnée par l'ensemble de la doctrine classique, pour une fois unanime.

Outre que le ministère de la justice a souvent essayé d'obtenir des chefs de parquet qu'ils consultent l'autorité hiérarchique avant d'agir et rendent spontanément des comptes, une fois qu'ils ont agi (322), ce

(321) Donnedieu de Vabres, ouv. cité, n° 1082.

(322) Circulaire du 27 septembre 1811, Gillet, Analyse des circulaires, instructions et décisions émanées du ministère de justice, 3e éd., 1876, par Demoly, t. 1, n° 745 : « C'est au procureur général et non au ministre que les procureurs impériaux doivent soumettre les difficultés qui se présentent dans l'exercice de leurs fonctions et le procureur général doit lui-même déférer au ministre celles dont la solution lui paraîtrait douteuse ».

qui est somme toute bien normal, ces pratiques ont été considérées par l'ensemble des auteurs comme parfaitement légitimes, et même d'une légalité indiscutable. Ainsi Faustin Hélie peut-il écrire des chefs de parquet :

> « Leurs fonctions peuvent se résumer en deux mots : ils doivent agir et rendre compte... ils doivent... au Ministre un compte immédiat de tous les faits judiciaires de quelque importance et de toutes les mesures qu'ils ont prises ou prescrites dans l'intérêt de la justice » (323).

propos que l'on trouvait déjà chez Henrion de Pansey et qui n'ont pas été démentis depuis (324).

Cette affirmation nous semble néanmoins infiniment contestable. S'il est certain qu'en vertu des règles de la subordination hiérarchique chaque chef doit à son supérieur les comptes que celui-ci lui demande en même temps qu'il doit exécuter les ordres légaux qu'il lui donne, il nous paraît tout aussi indiscutable qu'investis du droit propre d'agir, les chefs de parquet n'ont pas le devoir de rendre spontanément des comptes et de solliciter des instructions qui ne leur auraient pas été données. Sur le plan moral, et dans le silence des textes, il faudrait même aller, semble-t-il jusqu'à leur en dénier le droit. En droit, comme en morale, le pouvoir personnel d'agir suppose que celui qui en bénéficie assume pleinement et personnellement la responsabilité morale et juridique de son acte. Cette opinion semble bien avoir été celle d'un membre éminent du ministère public, le procureur général Bellart, qui se fit le champion de la liberté d'action du ministère public à une époque où celle-ci semblait particulièrement en péril. Dans une lettre adressée, sous la Restauration, au Garde des sceaux de Peyronnet, il écrit :

> « Quand le ministère public ne doute pas, quand un délit est évident, le magistrat chargé du triste devoir de poursuivre doit-il avant tout prendre ou attendre les ordres du gouvernement ? Le ministère public doit agir spontanément sans qu'il ait besoin de recevoir l'autorisation de personne » (325).

Elle a, en outre, été reprise par quelques circulaires récentes du Ministre de la Justice tendant à réagir contre l'habitude abusivement suivie par certains magistrats du parquet, qui sollicitent sans cesse les

---

(323) Ouv. cité, t. 1, n° 487.

(324) Henrion de Pansey, ouv. cité, t. 1, p. 320 : « Si dans un arrondissement l'ordre public est menacé de quelque manière que ce soit, le procureur du Roi en informe le procureur général. Ce magistrat transmet au ministre auquel il est subordonné le renseignement qu'il reçoit, ceux que ses propres investigations peuvent lui procurer... ».

Trébution, ouv. cité, 2e éd., t. 2, p. 76 : « L'inférieur expose, consulte, renseigne ; le supérieur dirige, conseille, approuve ou blâme ».

Goyet, ouv. cité, p. 8 : « L'obéissance hiérarchique oblige le procureur général à tenir informé le Garde des sceaux de toutes les affaires importantes de son ressort, à solliciter ses instructions et à lui rendre des comptes. De même, le procureur de la République doit tenir informé le procureur général de toutes les affaires importantes, solliciter ses instructions et lui rendre compte » ; et dans les mêmes termes, A. Vitu, procédure pénale, 1957, p. 50.

(325) Cité par Dupin dans son réquisitoire pour Cass. Crim. 22 janvier 1862, *D.*, 1862, 1, 5.

instructions de la chancellerie même pour les affaires les plus courantes (326).

N° 145. — Mais, si les officiers du ministère public peuvent agir sans l'ordre de leurs supérieurs hiérarchiques, ils peuvent aussi agir contre cet ordre. Beaucoup plus intéressant, parce que plus exceptionnel, est, en effet, ce droit de résistance des chefs de parquet. C'est généralement le seul que l'on envisage sous la dénomination de « pouvoir propre », on peut dire que c'est le pouvoir propre *stricto sensu*. Il peut lui aussi se présenter sous deux aspects : un aspect positif et un aspect négatif. Le premier est celui de tout chef de parquet de ne pas déférer à un ordre qui lui est donné : il peut s'abstenir de poursuivre, alors qu'on lui a donné l'ordre de le faire, ou déclencher des poursuites qu'on lui aurait interdit d'exercer ; dans le premier cas, la juridiction n'est pas saisie, dans le second, elle l'est valablement. L'aspect négatif désigne l'impossibilité, pour celui qui a donné l'ordre non exécuté, de se substituer au procureur normalement compétent, pour exécuter, en son nom, l'acte désiré :

> « Si le procureur général, si le procureur du Roi, négligent ou refusent d'obéir à ces instructions, la prescription, les déchéances ne s'en accomplissent pas moins ; les ordres les plus formels ne peuvent tenir lieu des actes qu'ils étaient destinés à provoquer et qui n'ont pas été faits. La responsabilité des subordonnés est engagée... mais les mesures administratives qu'ont peut prendre contre eux n'atteignent ni le prévenu, ni la procédure, ni les jugements qui sont intervenus » (327).

Il est bien évident qu'à peine de paralyser complètement l'action publique et de nier la hiérarchie du ministère public, on ne peut donner un pouvoir aussi exorbitant à tous ces membres.

B) Les « Chefs du Parquet »

N° 146. — Le pouvoir propre dans toute son étendue n'appartient qu'aux chefs de parquet. Quel est donc le critère du chef de parquet ? Il est double et tient à la fois à l'homme et aux fonctions. La difficulté naît exclusivement, il est vrai, en matière répressive, de ce que, s'il y a deux magistrats représentant le ministère public : le procureur de la République et le procureur général, il y a trois parquets : celui de la cour d'appel, du tribunal de grande instance et du tribunal de police. Il y a même, pour être plus exact, cinq juridictions devant lesquelles le ministère public doit être représenté : la chambre d'accusation et la cour d'assises, dans le ressort de la cour d'appel ; le tribunal correctionnel

---

(326) Circulaire du 24 novembre 1930, *J.O.* 26 novembre 1930 : « Les parquets généraux ont... une trop grande tendance à abriter leurs réquisitions derrière l'avis de la chancellerie... j'entends, en matière de poursuite pénale... que les chefs de parquet se décident d'après les seules inspirations de leur conscience... ».

V. dans le même sens, la circulaire du 31 mars 1949, citée par L. Cartou, dans sa note sous l'arrêt Dorly, *J.C.P.*, 1953, II, 7810, qui rappelle qu'un tel souci de se couvrir est incompatible avec le sens de l'initiative et de l'autorité personnelle.

(327) Mangin, ouv. cité, t. 1, n° 91.

et le juge d'instruction dans celui du tribunal de grande instance ; enfin le tribunal de police. Le problème est donc de distinguer entre le chef de parquet qui possède le pouvoir propre et la personne qui occupe normalement le siège du ministère public devant une juridiction déterminée et qui ne le possède pas forcément, et la difficulté surgit en ce qui concerne le ministère public auprès du tribunal de police et surtout de la cour d'assises.

N° 147. — Le siège du ministère public auprès du tribunal de police est normalement occupé par un commissaire de police ou un officier de police en résidence au siège de ce tribunal (art. 46 et 48 C.P.P.), mais nous ne pensons pas que cette personne puisse être qualifiée de chef de parquet. Il semble résulter des articles 39, alinéa 3, et 45 du Code de procédure pénale, que le véritable chef du parquet de police est le procureur de la République.

Une chose est sûre, en tout cas, le procureur de la République peut toujours représenter le ministère public auprès du tribunal de police en personne. Il nous paraît donc évident que si le commissaire de police occupant habituellement le siège du ministère public près le tribunal de police ne défère pas à un ordre reçu du procureur de la République, ce dernier, qui aurait pu, au lieu de donner cet ordre, aller occuper lui-même le siège du ministère public, peut parfaitement se substituer au commissaire récalcitrant qui n'est, en l'occurrence, qu'un collaborateur du procureur de la République. Si certains auteurs, comme Garraud (328) et Mangin (329), ont cru pouvoir affirmer le contraire sous le régime du Code d'instruction criminelle, le doute ne semble plus possible étant donné la netteté du Code de procédure pénale sur ce point. Pourtant, cette possibilité de substitution ne semble guère admise par les commentateurs du nouveau code. M. Salingardes la rejette implicitement lorsqu'il écrit : « Le procureur de la République en face d'un représentant du ministère public, près le tribunal de police, n'est pas aussi démuni que le procureur général, il peut engager personnellement des poursuites en saisissant le juge d'instruction » (330).

Mais, même dans l'hypothèse où l'on admet notre point de vue, il n'y a là qu'une application normale, car le commissaire de police n'est pas personnellement chef de parquet. La situation est plus troublante devant la Cour d'assises.

N° 148. — Le siège du ministère public devant la Cour d'assises, formation de la Cour d'appel, est normalement occupé par le procureur général. Toutefois, la Cour d'assises peut ne pas être instituée au siège de la Cour d'appel, mais à celui d'un tribunal du ressort et l'article 39, alinéa 2, du Code de procédure pénale prévoit alors que le siège du ministère public sera normalement occupé par le procureur de la République près ce tribunal ou par ses substituts, sans préjudice toutefois du droit, pour le procureur général, d'occuper par lui-même ou

(328) Ouv. cité, t. 1, n°s 87 à 91.
(329) Ouv. cité, t. 1, n° 101.
(330) Juris-classeur de procédure pénale, articles 39 à 44.

par ses substituts, ledit siège. Quelle va être alors la mesure du droit de résistance d'un procureur de la République occupant le siège du ministère public devant une Cour d'assises ? Il nous paraît qu'il est inexistant.

Le procureur général a toujours la faculté d'occuper lui-même le siège du ministère public devant la Cour d'assises. S'il donne au procureur de la République qui l'occupe en vertu de l'article 38 l'ordre de déposer des réquisitions en tel ou tel sens et que le procureur ne le fait pas, le procureur général peut toujours se substituer à lui pour le faire. Devant la Cour d'assises, le procureur de la République est vis-à-vis du procureur général dans la même situation qu'un simple substitut.

Cette anomalie apparente s'explique d'ailleurs parfaitement si l'on s'en réfère à l'histoire. Dans le premier état de la législation impériale, les fonctions du ministère public étaient remplies auprès de la Cour d'assises par un substitut du procureur général qui portait le titre de procureur impérial criminel (art. 253 C.I.C. ; 6 l. 20 avril 1810) et devait, en outre, assurer la surveillance de la justice criminelle dans le département. Plus tard, une loi du 25 décembre 1815 vint supprimer ces officiers et confier leurs fonctions près les Cours d'assises aux procureurs de la République des tribunaux au siège desquels se tenaient les assises, mais sans modifier pour autant les pouvoirs complets que le procureur général avait sur les anciens procureurs impériaux criminels.

N° 149. — Le droit de résistance sous la forme négative ne nous paraît donc bénéficier qu'à celui qui rassemble les deux qualités de chef de parquet, ce qui exclut le représentant du ministère public auprès du tribunal de police, et de chef de parquet agissant dans son propre parquet, ce qui exclut le procureur de la République occupant le siège du ministère public auprès de la Cour d'assises. Le pouvoir propre des chefs de parquet n'appartient donc, dans son intégralité, qu'au procureur général, dans toutes ses activités, et au procureur de la République, lorsqu'il s'agit de la saisine d'un tribunal correctionnel, d'un juge d'instruction ou d'un tribunal de police.

§ 2. — LE POUVOIR INDIRECT DE SUBSTITUTION DU PROCUREUR GENERAL

N° 150. — Les auteurs, après avoir analysé le pouvoir propre des chefs de parquet, concluent généralement que la seule ressource qui reste au Garde des sceaux, non obéi, est de relever le procureur récalcitrant de ses fonctions et de le remplacer par un autre plus docile, alors que « les procureurs généraux ont, pour conserver l'action publique et la diriger, des pouvoirs qui manquent au Ministre de la Justice » (331).

Certes, en matière de procédure pénale et sous le régime du Code de procédure pénale comme sous celui du Code d'instruction criminelle, le procureur général bénéficie, en matière correctionnelle, d'un droit

(331) Mangin, ouv. cité, t. 1, n° 91.

d'appel qui lui est propre et se superpose à celui du procureur de la République, normalement compétent pour appeler (art. 202 C.I.C. ; art. 497 C.P.P.). Et il peut encore requérir la chambre d'accusation d'évoquer l'instruction des affaires (art. 250 C.I.C. ; art. 195 C.P.P.). Mais, d'une part, ce pouvoir personnel d'intervention ne peut être étendu au-delà du domaine que lui assignent ces textes particuliers (332) ; d'autre part, et une fois de plus, la différence que marquent ces dispositions entre la situation du procureur général et celle du Ministre, s'explique uniquement par leur intervention à des niveaux différents de la procédure et également parce que le Garde des sceaux n'est pas officier du ministère public. Il est certain à ce point de vue, et compte tenu de ces différences, que le droit pour le Ministre de la Justice d'ordonner au procureur général près la Cour de cassation de former un pourvoi (art. 620 C.P.P.), est très comparable au droit pour le procureur général de former un appel.

N° 151. — Au contraire, il nous paraît que le nouveau code, dans son article 37, donne au procureur général et à lui seulement une nouvelle possibilité lorsqu'il énonce :

> « Le procureur général a autorité sur tous les officiers du ministère public du ressort de la Cour d'appel. A l'égard de ces magistrats, il a les mêmes prérogatives que celles reconnues au Ministre à l'article précédent ».

La généralité des termes employés nous autorise à dire que le procureur général n'a pas seulement le droit de donner des ordres aux procureurs de la République de son ressort, mais aussi à leurs substituts et aux représentants du ministère public auprès du tribunal de police. Nous pensons donc que rien n'empêche le procureur général qui n'a pas été obéi par un procureur de la République, à qui il donnait l'ordre de poursuivre ou de déposer des réquisitions relativement à un crime, à un délit ou à une contravention, de donner le même ordre à un des substituts de ce même procureur dans les deux premiers cas, et au représentant du ministère public auprès du tribunal de police dans le troisième.

Mais il ne s'agit là que d'une sanction indirecte qui n'aura d'efficacité qu'autant que le substitut qui aura reçu l'ordre voudra bien l'exécuter. Dans cette circonstance, le substitut, saisi à la place de son procureur, le représente en quelque sorte et bénéficie donc des mêmes droits que lui. Le procureur général pourra bien réitérer son ordre

(332) Quelques arrêts ont, il est vrai, décidé qu'un droit est donné implicitement aux procureurs généraux « par cela même qu'il (le C.I.C.) l'accorde à leurs substituts » et : « que l'article 45 de la loi du 25 avril 1810 lui confère d'ailleurs, d'une manière formelle, générale et absolue, l'action de la justice criminelle dans toute l'étendue de leur ressort ; que l'on ne peut pas dire que, par ces mots, « l'action de la justice criminelle », la loi n'a entendu que la poursuite des crimes ; qu'il est évident que les expressions « justice criminelle » ne sont employées par ledit article 45 que par opposition aux mots « en matière civile » qui forment le commencement de l'article 46 ; qu'elles désignent donc tout ce qui n'appartient pas à la justice civile proprement dite et s'appliquent par conséquent à la poursuite des délits comme à celle des crimes ». Mais cette jurisprudence fort ancienne (Cass. crim. 1er juillet 1813, *B.*, n° 140 et 14 mars 1817, *B.*, n° 21) et infiniment contestable n'a pas été reprise depuis.

auprès d'un autre substitut jusqu'à ce qu'il ait épuisé tout le personnel du parquet, mais il ne pourra jamais se substituer à l'un d'eux, car ce serait méconnaître le pouvoir propre du chef de parquet avec trop de facilité et violer la règle selon laquelle le parquet ne peut être engagé que par un de ses membres. Mais il nous paraît que, dans l'hypothèse où l'un des substituts du procureur de la République a obéi à l'ordre du procureur général, la procédure est valablement diligentée. Ce n'est cependant pas, en règle général, l'avis des commentateurs :

> « Indivisibilité ne veut pas dire qu'à défaut de l'accomplissement d'un acte par le chef de parquet et par suite de son refus, ses substituts ont qualité pour le faire » (333).

Cela est indéniable en règle générale, mais il nous paraît qu'en l'espèce, l'ordre du procureur général confère aux substituts le pouvoir qui leur manque pour agir contre la volonté de leur chef. Néanmoins, et dans la mesure où l'on admet cette règle, il est certain que son caractère exceptionnel impose une interprétation restrictive et qu'en particulier, écrite dans le Code de procédure pénale, elle ne saurait être étendue à la procédure civile.

N° 152. — Il nous paraît donc vain de parler « *in globo* » de la sanction ou de l'absence de sanction des ordres donnés aux membres du ministère public par leurs supérieurs hiérarchiques : il faut envisager, chaque fois, l'autorité qui donne l'ordre, l'autorité qui le reçoit, la nature de l'ordre donné et celle de l'infraction poursuivie, en matière répressive.

En ce qui concerne le Garde des sceaux, il ne peut s'adresser qu'au procureur général, car rien ne lui permet de donner des ordres directement aux procureurs de la République ni aux substituts du procureur général. Comme ce dernier bénéficie dans tous les cas, et en toute matière, de la plénitude du pouvoir propre des chefs de parquet, tous les ordres qui pourront lui être donnés seront dépourvus de sanction directe.

La solution est la même s'il s'agit maintenant d'un procureur général désireux d'influer, en matière civile, sur l'action des officiers qui lui sont subordonnés. Il ne peut s'adresser qu'aux procureurs de la République de son ressort, qu'il s'agisse de leur action normale devant le tribunal de grande instance ou de leur rôle plus exceptionner auprès du tribunal d'instance. Il a, au contraire, plus de pouvoirs en matière répressive. Il peut tout d'abord donner au procureur de la République l'ordre d'engager des poursuites ou de déposer des réquisitions devant le tribunal correctionnel, le juge d'instruction ou le tribunal de police ; il peut, d'autre part, lui ordonner de soutenir ou d'abandonner l'accusation devant la Cour d'assises. Dans le premier cas, le procureur général non obéi peut user de son pouvoir indirect de substitution : il renouvelle son ordre aux substituts du procureur de la République ou au commissaire de police représentant le ministère public auprès du tribunal de police, mais il sera, devant leur résistance, sans plus de pouvoir que devant celle du procureur de la République. Qu'il s'agisse maintenant de l'action du procureur de la République devant la Cour d'assises et

(333) H. Blin, Juris-classeur de procédure pénale, articles 31 à 38.

à ce stade il ne peut s'agir que du dépôt de réquisitions, le procureur général pourra toujours se substituer au procureur de la République récalcitrant.

S'il s'agit, enfin, du procureur de la République, la solution, pour nous qui admettons qu'il est le chef du parquet de police, ne fait pas de difficulté. Il est vis-à-vis du commissaire de police représentant le ministère public, dans la même situation que vis-à-vis de ses propres substituts : il pourra toujours se substituer à lui.

N° 153. — L'affirmation selon laquelle les ordres donnés par leurs supérieurs hiérarchiques aux chefs de parquet sont dépourvus de toute sanction n'est donc absolument vraie qu'en matière civile. La situation semble alors retournée. Sur le problème de la légalité des ordres susceptibles d'être donnés, nous avions conclu : que la subordination hiérarchique était plus puissante en matière civile qu'en matière répressive, puisque, dans ce premier domaine, tous les ordres peuvent être donnés, sans distinction, tandis que le Code de procédure pénale condamne l'ordre de ne pas mettre l'action publique en mouvement. Mais au contraire, quant à leur efficacité, les ordres donnés en matière civile seront non avenus si les officiers du ministère public qui les reçoivent ne les exécutent pas de leur plein gré, tandis que l'autorité hiérarchique possède en matière répressive des moyens directs et indirects de contrainte.

N° 154. — Notons, toutefois, que si nous avions conclu à la légalité de l'ordre de ne pas engager de poursuites, nous serions obligés de constater que son efficacité est moindre que celle de l'ordre de poursuivre. Supposons, en effet, qu'une autorité qui avait donné l'ordre de poursuivre à un de ses inférieurs, et qui n'a pas été obéie, use des sanctions directes ou indirectes que nous avons définies. S'il se trouve qu'elle obtient par ce moyen la mise en mouvement de l'action publique, elle a neutralisé l'opposition à laquelle elle s'était heurtée, le résultat est le même que s'il n'y avait jamais eu cette opposition.

Supposons, maintenant, que l'ordre qu'elle avait donné soit un ordre de ne pas engager de poursuites. La juridiction est, malgré cet ordre, valablement saisie et c'est elle seule qui décidera du bien-fondé des poursuites dans la généralité des cas. Il faut seulement faire exception pour les cas dans lesquels le représentant du ministère public était sans pouvoir pour agir contre la volonté de son supérieur (commissaire de police devant le tribunal de police et procureur de la République occupant le siège du ministère public devant la Cour d'assises), car, dans ces cas, le désaveu du supérieur hiérarchique entraîne dessaisissement de la juridiction irrégulièrement saisie. Dans tous les autre, l'autorité non obéie ne pourra qu'ordonner que des réquisitions abandonnant les poursuites soient déposées, mais nous savons qu'elles n'auront d'autorité qu'autant que la juridiction compétente voudra bien y faire droit.

Section II. — LE PRINCIPE DE LA LIBERTE DE PAROLE DES OFFICIERS DU MINISTERE PUBLIC, EXCEPTION A LA SUBORDINATION ET A LA DEPENDANCE HIERARCHIQUES

N° 155. — Si l'on a pu voir parfois, rarement il est vrai, la chancellerie chercher à influer sur les conclusions orales du ministère public (334), la doctrine s'est toujours farouchement employée à maintenir le respect de l'adage d'après lequel « si la plume est serve, la parole est libre », et cela bien avant qu'il ne fût, comme c'est le cas maintenant, expressément consacré par les textes. Il est pourtant assez surprenant de constater l'importance que les auteurs et les officiers du ministère public accordent à cet adage dont il est courant de lire qu'il est « l'honneur du ministère public français » (335). Rationnellement, en effet, son intérêt pratique semble être des plus limités.

N° 156. — Il est tout d'abord évident que ce n'est pas appliquer le principe de la liberté de parole que de laisser les officiers du ministère public dire ce qu'ils veulent lorsque leurs supérieurs hiérarchiques ne leur ont fait aucune recommandation particulière quant à l'affaire en cause : c'est laisser jouer le droit d'initiative personnelle de tout officier du ministère public. La liberté de parole ne s'entend que comparée à une autre forme d'action qui, elle, ne serait pas libre.

Il est évident, aussi, que ce n'est pas la liberté de parole qui empêche le ministre ou les procureurs de dicter mot à mot ses conclusions à un officier du ministère public, mais le bon sens et l'impossibilité pratique qui résulte du développement de l'affaire à l'audience. Ce n'est donc pas la justifier que de dire de cette liberté qu'elle « permet à tout moment de l'audience de modeler les réquisitions orales sur les nécessités de la répression, telles qu'elles résultent de débats toujours changeants » (336). En admettant même que la parole soit serve, il serait impossible de songer, comme l'affirme Le Poittevin, qu'« un greffier suffirait pour lire les conclusions » (337), car il est une certaine liberté élémentaire qui ne peut jamais être retirée sans mettre en péril le résultat souhaité. L'asservissement de la parole viserait tout au plus à indiquer à l'officier du ministère public chargé de requérir, l'opportunité et le sens de ses réquisitions, et même, plus simplement, à l'exhorter à la sévérité ou à l'indulgence. Aucun supérieur ne peut souhaiter autre chose, car, notre procédure étant ce qu'elle est, l'obtention d'un résultat à l'audience requiert une interventioon directe et personnelle.

(334) Circulaire du 24 juillet 1852, Gillet, ouv. cité, t. 1, n° 2577 : « Il est des cas où il est indifférent que le ministère public abandonne entièrement aux lumières du juge la fixation de la peine... il est d'autres cas où il est nécessaire que la fermeté du ministère public vienne en aide à celle du juge ».
(335) M. Rolland, ét. citée, *J.C.P.*, 1956, I, 1271.
(336) A. Vitu, ouv. cité, p. 51.
(337) Dictionnaire cité, v° ministère public.

La liberté de parole ne recouvre donc que deux possibilités : le droit, pour tout officier du ministère public, d'apprécier librement l'opportunité de prononcer des réquisitions orales ou de s'en abstenir ; le droit de fixer librement le sens des réquisitions à prononcer.

N° 157. — Ceci établi, il apparaît que l'adage « si la plume est serve, la parole est libre » ne devrait pas être d'une grande utilité aux officiers du ministère public pour affirmer leur indépendance, ainsi que le montre l'inventaire des hypothèses pratiques dans lesquelles on pourrait songer à le faire jouer.

1° Envisageons d'abord le cas dans lequel c'est un chef de parquet qui invoque la liberté de parole appelée à jouer alors, comme tempérament à la subordination hiérarchique. La règle ne doit pas, en effet, être entendue seulement comme un moyen de résistance à un ordre visant directement les conclusions, mais replacée dans l'ensemble du problème. Il nous paraît que l'adage ne devrait, en l'espèce, jouer qu'un rôle très secondaire.

Supposons, en premier lieu, que le procureur a reçu l'ordre d'agir. Nous savons qu'en vertu du pouvoir propre qui lui est accordé, il peut s'abstenir d'exécuter cet ordre. Nous ne voyons pas pourquoi, s'il ne l'a pas fait, il viendrait, à l'audience et en vertu de la liberté de parole, requérir le non-lieu, l'acquittement ou la relaxe d'une personne qu'il a poursuivie alors qu'il pouvait ne pas mettre l'action publique en mouvement, ou le rejet d'une demande qu'il pouvait se dispenser de présenter. La solution est la même en ce qui concerne la teneur des réquisitions écrites du procureur. Si on lui donne l'ordre de conclure, par écrit, dans un sens déterminé, il est, en principe, tenu de le faire, mais en vertu de son pouvoir propre il peut très bien désobéir. S'il a suivi l'ordre qu'on lui donnait, on a quelque mal à comprendre pourquoi il viendrait à l'audience dire le contraire de ce qu'il a écrit sans y être véritablement forcé. Supposons, en second lieu, qu'en matière civile on ait donné l'ordre de ne pas agir ou que l'ordre de ne pas poursuivre étant légal, il ait été donné à un procureur. S'il obéit et n'exerce pas l'action, il n'y aura jamais de réquisitions orales, donc aucun tempérament à la subordination. S'il désobéit et soutient sa demande à l'audience, ce n'est pas au nom de la liberté de parole, mais du pouvoir propre qui lui a permis d'intenter une action qu'on lui avait interdit d'exercer. De même, enfin, si l'on a donné l'ordre de ne pas conclure et que celui qui l'a reçu conclut, ce n'est pas en vertu de la liberté de parole, mais du pouvoir propre qui permet de négliger les ordres reçus.

Le principe de la liberté de parole paraît donc d'un intérêt limité dans l'ordre hiérarchique. Pratiquement, il ne devrait intervenir que dans deux situations correspondant à son double domaine. En premier lieu, et avant l'audience, il doit justifier qu'un subordonné se refuse à faire connaître à l'avance s'il a ou non l'intention de conclure et à révéler avant de les avoir prononcées, la teneur de ses conclusions éventuelles. En second lieu, et à l'audience, il peut permettre au procureur de réparer une erreur initiale d'appréciation dans une hypothèse où ayant exécuté un ordre sans l'examiner suffisamment à fond, il s'apercevrait après coup que son sentiment intime n'est pas en accord

avec la position de son supérieur hiérarchique. Dans ce cas, l'appel à la liberté de parole apparaît comme une sortie de secours, un ultime moyen de réparer une erreur, comme quelque chose d'analogue au droit accordé aux officiers du ministère public de faire appel même des décisions rendues conformément à leurs réquisitions. Cela paraît malgré tout très limité et l'appel à la liberté de parole à l'audience seulement, alors que d'autres moyens tout aussi efficaces, et même plus, étaient à la portée des officiers du ministère public, à des stades moins avancés de la procédure, apparaît de leur part comme une manifestation bien tardive de leur indépendance.

2° Dans ces conditions, il semble que la véritable vocation de l'adage « si la plume est serve, la parole est libre » soit d'intervenir comme limite à la dépendance hiérarchique, puisqu'au sein d'un même parquet, les substituts sont tenus d'exécuter tous les ordres que leur donne leur chef, sous la menace de son pouvoir direct de substitution. Pourtant, ici encore, il y a plus apparence que réalité.

En ce qui concerne la teneur des conclusions, l'adage s'applique indiscutablement lorsque le chef de parquet a donné à un substitut l'ordre d'agir ou de conclure dans un sens déterminé : tenus qu'ils sont d'exécuter cet ordre, la liberté de parole sera bien utile aux substituts pour leur permettre de faire connaître leur opinion propre. Mais c'est tout ce qui pourra être permis aux substituts en vertu de ce principe. Si, en effet, le chef de parquet donne l'ordre de ne pas agir, légal en toute hypothèse eu sein du même parquet, les substituts n'auront jamais à parler et ne pourront donc jamais manifester leur indépendance. De même, si le procureur ordonne de ne pas conclure, cet ordre devra être exécuté quant aux réquisitions écrites que le procureur pourrait retirer si elles étaient déposées. Quant aux réquisitions orales, si le chef de parquet ne peut empêcher un substitut présent à l'audience de prendre la parole quand et comme il l'entend, il peut toujours l'empêcher de se rendre à l'audience, soit en occupant personnellement le siège du ministère public, soit en y envoyant un substitut à la docilité éprouvée.

En ce qui concerne, maintenant, l'initiative des réquisitions, les substituts du procureur de la République peuvent certainement refuser, au nom de la liberté de parole, de dire à leur chef si, dans telle ou telle affaire qui leur a été confiée, ils envisagent de prendre la parole à l'audience et en quel sens. Mais il est bien certain aussi, que cette réserve ne manquerait pas d'inquiéter le procureur de la République, qui s'empresserait de dessaisir le substitut interrogé pour s'en occuper lui-même ou la confier à un autre membre du parquet. De plus, et au contraire, les avocats généraux et les substituts du procureur général ne bénéficient même pas, en droit, de cette libre initiative, puisque les articles 48 et 49 du décret du 6 juillet 1810, toujours en vigueur, autorisent le procureur général à s'enquérir du sens des conclusions qui vont être prises par eux et organisent une procédure qui lui permet de faire prévaloir son opinion propre.

N° 158. — Rationnellement, l'adage « si la plume est serve, la parole est libre » ne devrait donc être appelé à jouer qu'un rôle secondaire dans des cas fort peu nombreux. Les officiers du ministère public sont

néanmoins tellement convaincus « qu'il est l'honneur du ministère public français », que l'inférieur préfère faire appel à lui plutôt qu'à tout autre moyen même plus efficace et plus précoce d'assurer son indépendance, tandis que le supérieur a toujours mauvaise conscience lorsqu'il porte atteinte à la liberté de parole du premier, même dans les cas où cette atteinte est d'une légalité incontestable. On en arrive à ceci que les chefs de parquet se sentent beaucoup plus en sécurité lorsqu'ayant mis en sommeil les possibilités que leur offrait leur pouvoir propre et ayant exécuté un ordre contraire à leur opinion, ils attendent l'audience pour combattre oralement la position de leurs supérieurs à laquelle ils s'étaient momentanément ralliés, tandis qu'ils cherchent peu à influer sur les conclusions orales de leurs substituts.

L'application de la liberté de parole est donc fréquente dans la pratique, si pratiquement elle ne devrait pas l'être. Il importait toutefois de signaler qu'elle ne doit cette prédominance qu'à un facteur psychologique qui risque d'être d'autant plus profondément ressenti aujourd'hui que le Code de procédure pénale et les textes d'organisation judiciaire consacrent expressément la liberté de parole, tandis que toutes les manifestations du pouvoir propre ne sont pas mentionnées par la loi. Notons encore, d'ailleurs, que ce que les officiers du ministère public entendent tirer de la liberté de parole, c'est beaucoup moins, parfois, le droit de parler que celui de se taire :

> « Si les magistrats du parquet sont unanimes à condamner la thèse du gouvernement (ou plus généralement celle de leurs supérieurs hiérarchiques), le ministère public se borne le plus souvent à déposer devant le tribunal les réquisitions écrites et s'abstient de les soutenir oralement. Ce silence est suffisamment significatif pour éclairer les juges sur le sentiment intime du parquet » (338).

Cette fréquence d'application, ainsi que la récente consécration législative de la liberté de parole rendent plus pressante la nécessité de délimiter ce qui est permis et ce qui est prohibé au nom de cette liberté, ainsi que de justifier ce laxisme ou ces restrictions. Si, comme le rappelait M. Hayoit de Termicourt (339), on n'a jamais cherché à expliquer cette dérogation autrement que par l'usage, cette passivité, acceptable aussi longtemps que l'adage a eu la souplesse des règles non écrites, n'est plus admissible aujourd'hui, et cela d'autant moins qu'on ne s'était pas davantage interrogé sur les sources de cet usage.

§ 1. — SOURCES DE LA LIBERTE DE PAROLE

N° 159. — L'expression traditionnelle de l'adage tendrait à faire croire qu'il est un de ces innombrables brocards qui, après avoir émaillé notre ancien droit coutumier, éclairent encore la sécheresse de notre droit écrit. Il n'en est rien, cependant, et on ne trouve la règle exprimée sous cette forme chez aucun de nos auteurs d'ancien régime, mais elle ne

(338) B. Pigé, le juge unique et le statut de la magistrature en France, thèse, Paris, 1925, p. 175.
(339) Discours cité, *Rev. Dt Pén.*, 1936, 961.

figure pas davantage, il est vrai dans les textes de la législation napoléonienne.

A) La Tradition historique

N° 160. — La liberté de parole des officiers du ministère public était-elle, ou non, reconnue dans l'ancien droit ? La réponse est délicate, car, s'il est indéniable que certains officiers du ministère public, en certaines matières, étaient libres de développer oralement les conclusions qu'ils estimaient nécessaires, une distinction s'impose à cet égard entre l'action judiciaire du parquet et l'action politique des procureurs généraux.

N° 161. — Il est certainement faux, en effet, de prétendre que la règle « a été formulée à l'époque où le ministère public se composait de procureurs qui tenaient la plume et d'avocats qui portaient la parole » (340). Dans le domaine judiciaire, l'esprit comme la portée de la liberté de parole étaient fondamentalement différents dans l'ancien droit de ceux qu'on s'accorde à leur reconnaître actuellement.

Il faut bien se souvenir avant tout que dans l'ancien droit, la plume c'est le procureur et la parole l'avocat. Dire que la plume est serve c'est dire que le procureur du Roi est lié par des ordres supérieurs, ce qui est certainement faux en pratique, car nous avons démontré que la subordination hiérarchique, telle que nous la concevons, était étrangère à l'organisation judiciaire d'ancien régime (341) ; dire que la parole est libre, c'est affirmer que l'avocat du Roi conclut librement à l'audience, ce qui est vrai, mais demande à être précisé. Il ne s'agit pas, en effet, d'une liberté qui jouerait comme aujourd'hui dans l'ordre hiérarchique : la hiérarchie n'existait pas dans l'ancien droit et on ne donnait pas plus d'ordres à un avocat du Roi quant à ses conclusions orales qu'à un procureur du Roi quant à son réquisitoire écrit. La règle de la liberté de parole ne paraît qu'au sein du même parquet et là, uniquement entre le procureur et les avocats, puisque seuls ces derniers, à l'exclusion des substituts, portaient la parole à l'audience (342). Mais, comme ils ne faisaient rien d'autre, et spécialement aucune procédure écrite, liberté de parole était synonyme pour eux de liberté d'action et n'est alors que la traduction pratique de leur indépendance juridique totale à l'égard du procureur. Le fait de dire que les avocats du Roi bénéficiaient dans l'ancien droit de la liberté de parole n'ajoute ni ne retranche rien à l'affirmation de leur indépendance : ce sont seulement deux façons différentes d'exprimer la même idée.

---

(340) Laborde, Cours de droit crimniel, 2e éd., 1898, par Rousseau, n° 662.
(341) V. ci-dessus, n°s 71 et s.
(342) En ce qui concerne la situation des substituts, il est certain que la règle selon laquelle « la plume est serve » jouait à leur égard et qu'ils étaient obligés de rédiger les réquisitions dans le sens que leur imposait le procureur. Mais comme ils ne bénéficiaient pas de la parole à l'audience, ils ne pouvaient y exprimer une opinion différente de celle qu'ils avaient développée par écrit, et leur dépendance étant très logiquement totale.

C'est bien d'ailleurs parce que la liberté de parole n'était pas, en matière judiciaire, une atténuation à la subordination hiérarchique, mais répondait au jeu normal des règles de procédure, que le pouvoir central lui-même a pu intervenir pour que fût jalousement gardée cette indépendance de la parole. Ainsi, le Chancelier Letellier écrivait-il au procureur général du parlement de Guyenne le 18 juin 1684 :

> « Vous ne devez pas insister pour que vos avocats généraux se concertent avec vous pour les conclusions d'audience... il faut laisser aux avocats généraux la liberté entière de conclure comme ils l'entendent dans les affaires d'audience » (343).

Dans l'ancien droit, en matière judiciaire, il est faux de dire que, dans l'ordre hiérarchique la plume est serve ; il est vrai de dire qu'au sein d'un même parquet la parole est libre, mais il n'y a là qu'une affirmation de principe évidente (344). On voit donc que notre adage, qui n'a d'intérêt que par la réunion chez le même agent de la plume et de la parole, et par l'opposition qu'il marque entre ces deux fonctions, quant à la dépendance et à la subordination hiérarchiques, y était inconnu.

N° 162. — La situation est maintenant différente si l'on s'attache à l'activité politique des procureurs généraux d'ancien régime. A ce point de vue, leur situation à l'égard du pouvoir royal paraît assez semblable à celle des officiers du ministère public actuel quant aux ordres qu'ils reçoivent de leurs supérieurs hiérarchiques. Le procureur général est l'intermédiaire obligé entre le pouvoir royal et son parlement. Le Roi désirant consulter ledit parlement sur un problème d'ordre politique, ou, plus fréquemment, faire enregistrer les décisions royales, demandait au procureur général de saisir le parlement. Celui-ci était obligé de le faire, et en séance, devait aussi se conformer aux ordres du Roi. Mais, si ceux-ci n'étaient pas conformes à sa propre opinion, il déclarait qu'il concluait « d'après l'exprès commandement du Roi », formule que M. Rousselet juge à la fois « belle et attristante » (345), et, de plus, il avait toujours le droit, dont il usait largement, de faire connaître son sentiment personnel (346). Il y avait là quelque chose qui se rapprochait assez de la situation actuelle : obligation d'exécuter les ordres reçus, possibilité de faire entendre son opinion, sans toutefois qu'il y ait une distinction précise, mais arbitraire, entre parole et écrit.

C'est d'ailleurs à la seule hypothèse de l'enregistrement des actes royaux que les rédacteurs du Code d'instruction criminelle feront appel durant la fameuse séance du 24 vendémiaire an XIII, qui, si l'on en croit la doctrine dominante, a marqué la consécration par nos textes de la liberté de parole (347). Mais il importe d'insister sur le fait que reconnaître l'adage « si la plume est serve, la parole est libre », en ce

(343) Rapporté par Saussier, Le ministère public et le pouvoir central, thèse, Paris, 1910.

(344) V. cependant en sens contraire, Chenon, ouv. cité, t. 2, n° 467 et Lepointe, ouv. cité, p. 487, qui sont néanmoins obligés de concéder qu'on ne trouve la maxime traditionnelle chez aucun des auteurs d'ancien régime.

(345) Ouv. cité, t. 1, p. 210.

(346) V. ci-dessus, note 217, p. 60.

(347) Locre, ouv. cité, t. 24, p. 405 et s.

qui concerne l'activité judiciaire des officiers du ministère public, n'était pas consacrer une règle traditionnelle ; c'était instaurer une règle nouvelle. Il aurait donc fallu exiger, en principe, qu'un texte non équivoque instituât cette distinction.

B) Les Travaux préparatoires du Code d'Instruction criminelle

N° 163. — Aucun des articles des codes de procédure ni des lois de 1810 ne consacrait expressément le principe de la liberté de parole. Pourtant, si l'on en croit la doctrine classique :

> « Ce fut Treilhard qui, au cours de la discussion (du projet du Code criminel), dégagea les principes encore en vigueur » (348).

Cela peut paraître vrai si l'on s'attache aux termes même de Treilhard en les distrayant de leur contexte, mais, si on les envisage avec l'ensemble des propos échangés au cours de cette séance du 24 vendémiaire an XIII, on ne peut s'empêcher de penser que l'on a donné à cette discussion une importance qu'elle n'avait pas.

Il convient tout d'abord de remarquer que le problème de la liberté de parole n'a jamais donné lieu à une discussion de propos délibéré. La question n'a été soulevée qu'incidemment, à propos de l'élaboration de l'article 398 du projet de Code criminel, qui traitait des renvois d'une juridiction à une autre pour cause de sûreté publique. Or, il s'agit là d'une question très spéciale, dont l'Empereur et le Grand Juge feront remarquer, à juste titre, qu'elle intéresse le gouvernement de l'Etat dont le ministère public n'a pas à connaître. Remarquons ensuite, qu'il ne s'agissait pas du ministère public pris dans ses agents du droit commun que sont, si l'on peut dire, les procureurs généraux des cours et les procureurs de la République, mais du procureur général près la Cour de cassation dans ses rapports avec le Garde des sceaux alors que nous avons déjà relevé le particularisme de l'action de ce magistrat. De plus, et s'il est vrai qu'il était fait une comparaison avec la situation des procureurs généraux d'ancien régime en matière d'enregistrement des actes royaux, l'Empereur, qui le premier avait fait appel à cet exemple, n'entendait en tirer que l'obligation qu'avaient ces procureurs d'exécuter les ordres du Roi. Il n'a jamais rappelé, pas plus d'ailleurs que les autres participants, qu'ils avaient aussi le droit de faire entendre leur opinion. L'affirmation de Treilhard, ayant clôturé l'incident soulevé à propos de cette question et selon laquelle :

> « Le procureur général est obligé de se conformer aux ordres qu'il reçoit pour entamer les poursuites, ensuite il devient l'homme de la justice et les ordres supérieurs ne règlent plus ses conclusions ».

apparaît donc comme isolée. Elle n'est en aucun cas le résumé de ce qui a précédé et elle n'a pas plus de valeur que les réflexions des autres participants qui n'étaient pas identiques.

---

(348) Goyet, ouv. cit., note 2, p. 7.

N° 164. — Mais surtout, ce qui empêche d'accorder aux propos échangés au cours de la séance du 24 vendémiaire an XIII tout le crédit que leur octroient les auteurs classiques, c'est qu'on a volontier, à la revivre, l'impression d'assister à une discussion de sourds. Intervenant très tôt dans l'élaboration des textes napoléoniens, à un moment où l'institution du ministère public d'ancien régime, complètement bouleversée, n'était pas encore rétablie sur des bases nouvelles et solides, chacun pouvait avoir, et avait en fait, sa conception propre du ministère public, ce qui empêchait les participants de se comprendre vraiment : pour le Grand Juge et l'Empereur, le ministère public était uniquement fonctionnaire (349) ; pour Régnaud, à l'inverse, il n'était que l'organe de la loi ; pour Treilhard, enfin, il semble être à la fois l'un et l'autre. Cette incompréhension, à la vérité, ne cessera jamais, même après la promulgation des codes et l'établissement de la nouvelle organisation judiciaire, spécialement parce que les rédacteurs, imprégnés qu'ils étaient de la conception du ministère public d'ancien régime, n'auront jamais une claire conscience des modifications substantielles qu'ils lui avaient apportées. Il ne faut pour preuve de leur incompréhension que la transposition pure et simple dans les articles 48 et 49 du décret du 6 juillet 1810 (350), d'une pratique d'ancien régime aussi logique dans l'ancienne organisation du parquet qu'irrationnelle dans la nouvelle et la consécration par là d'un anachronisme injustifiable.

N° 165. — Quoi qu'il en soit, il est certainement absurde de rechercher dans cette discussion la source de la liberté de parole des officiers du ministère public, car, outre qu'elle n'a donné lieu à la rédaction d'aucun texte précis, il n'est pas évident du tout que les rédacteurs du projet de code criminel aient été favorables à l'établissement de cette liberté de parole. A s'en tenir au législateur napoléonien, il est même plutôt probable qu'il y était hostile puisque les articles en question (48 et 49, déc. 6 juillet 1810) ont eu pour but, au contraire, de lui porter atteinte.

C) Les Articles 48 et 49 du Décret du 6 Juillet 1810

N° 166. — Dans l'ancien droit, le procureur avait la plume et l'avocat la parole, mais il était d'usage qu'au moins dans les affaires délicates ils se fussent consultés. Le procureur réunissait donc les officiers du ministère public dans son parquet pour discuter avec eux des points difficiles, mais s'ils n'arrivaient pas à s'accorder, l'avis du procureur s'imposait dans les procès écrits et celui de l'avocat dans la conduite des débats à l'audience. Cela était tout à fait cohérent, car cette habitude, outre qu'elle répondait à un souci de courtoisie constant dans l'ancien régime, avait un intérêt juridique particulier : celui d'essayer de réaliser une union de vues au sein du parquet, en évitant de placer la juridic-

(349) « Sa majesté pense que quand le procureur général a reçu des ordres, il doit s'y conformer dans ses conclusions, cet officier n'est point juge, il n'est que partie et représente le gouvernement ».

(350) V. ci-dessous, n° 166.

tion du jugement en face de réquisitions écrites et orales contradictoires. Il n'y avait là qu'une tentative de conciliation qui préservait la liberté des uns et des autres. Il n'en est plus de même avec les articles 48 et 49 du décret du 6 juillet 1810 qui reprennent la pratique de la réunion du parquet, mais lui donnent une solution nouvelle :

> « Dans les causes importantes et ardues, les avocats généraux communiqueront au procureur général les conclusions qu'ils se proposent de donner ; ils feront aussi cette communication dans toutes les affaires dont le procureur général voudra prendre connaissance. Si le procureur général et l'avocat général ne sont pas d'accord, l'affaire sera rapportée par l'avocat général à l'assemblée générale du parquet et les conclusions seront prises à l'audience conformément à ce qui aura été arrêté à la majorité des voix ».
>
> « En cas de partage, l'avis du procureur général prévaudra. Le procureur général pourra aussi, lorsque son avis n'aura pas prévalu au parquet, porter lui-même la parole à l'audience et conclure d'après son opinion personnelle ».

Il est certain que le contexte législatif nouveau dans lequel s'inscrit cette tradition d'ancien régime lui enlève toute raison d'être, et que sa transposition a été le résultat d'une confusion de ses rédacteurs.

N° 167. — Ces deux articles 48 et 49 du 6 juillet 1810 témoignent de ce que leurs rédacteurs ne pouvaient défaire leur esprit de l'idée, vraie dans l'ancien régime, mais fausse aujourd'hui, que les avocats généraux avaient un droit exclusif à la parole. Dans la mesure où le procureur général, chef de parquet, est maître de l'action de celui-ci, et dirige aussi bien la procédure écrite que la procédure à l'audience, et dans la mesure où il pourra toujours faire prévaloir son point de vue, la réunion de l'assemblée générale du parquet apparaît comme une procédure frustratoire qui ne donne même pas une satisfaction d'amour-propre aux avocats généraux, car elle aura le plus souvent pour résultat de mettre davantage en lumière leur dépendance. Pratiquement, en effet, si le procureur général a demandé la communication d'une affaire et s'il réunit à son propos l'assemblée du parquet, c'est qu'elle lui paraît spécialement importante et qu'il est bien décidé à imposer son point de vue au besoin par la force de sa substitution personnelle en cas d'échec de son action diplomatique devant le parquet.

N° 168. — L'illogisme et l'inutilité de ces dispositions ont d'ailleurs frappé la doctrine, la jurisprudence et la pratique : toutes se sont employées à en restreindre les effets, sans pourtant qu'en droit, on puisse donner raison à toutes leurs tentatives.

Il est évident que la règle écrite pour le parquet général ne peut, en raison de son caractère exceptionnel, être appliquée aux parquets des juridictions inférieures, ainsi que le rappelle M. Rousselet, qui rapporte un passage d'une lettre du procureur général Martin du Nord, de la Cour royale de Paris, au procureur du Roi de Fontainebleau, lui rappelant « que son substitut... à l'audience... ne devait obéir qu'aux lumières de son esprit et aux inspirations de sa conscience » (351). Mais il est

(351) Ouv. cité, t. 2, p. 96.

probablement plus discutable d'avoir voulu, comme Mangin, en limiter l'application aux matières civiles (352).

Ecrites dans un texte d'organisation judiciaire, les prescriptions des articles 48 et 49, doivent, en principe, être d'application générale. Vouloir tirer argument de ce qu'ils emploient le mot « conclusions » et soutenir que « dans les matières criminelles le ministère public est partie principale, il agit, il requiert ; donner des conclusions ne doit s'entendre que du ministère public partie jointe », c'est faire appel à un argument abusivement exégétique et, au surplus, peu probant, car, si l'observation de Mangin est conforme à l'orthodoxie terminologique, il n'en demeure pas moins qu'on emploie couramment, bien qu'à tort, le mot « conclusions » en matière répressive comme en matière civile.

Plus exacte est la position de la jurisprudence qui décide que les articles 48 et 49 n'établissent qu'une règle de discipline intérieure dont le condamné ne peut se prévaloir pour demander la nullité (353). Plus louable, enfin, est la position des chefs de parquets généraux, qui n'utilisent pratiquement jamais la possibilité que leur ouvrent les articles en question, tombés *de facto* en désuétude.

N° 169. — On se demande alors pourquoi, seul de toutes ces autorités, le législateur est resté indifférent à l'anachronisme de ces dispositions et pourquoi les articles 48 et 49 du décret du 6 juillet 1810 ne figurent pas parmi l'impressionnante liste des textes abrogés par l'article 84 de l'ordonnance n° 58.1270 du 22 décembre 1958. Que ce soit par inadvertance ou de propos délibéré, ils sont toujours en vigueur et doivent, en conséquence, toujours être respectés, en principe.

Il n'en demeure pas moins que du point de vue qui nous occupe, à savoir la position du législateur napoléonien en ce qui concerne la liberté de parole des officiers du ministère public, ces textes incitent à penser qu'il n'était nullement question d'instituer cette liberté en matière judiciaire. Un autre texte, toujours en vigueur, lui aussi, nous confirme dans cette opinion.

D) L'Article 6 de l'Ordonnance du 12 Juin 1828

N° 170. — L'article 6 de l'ordonnance du 12 juin 1828 sur les conflits d'attribution entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif, consacre l'application de l'adage « si la plume est serve, la parole est libre », d'une manière conforme, cette fois, à la tradition historique.

Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire est saisie d'un litige que la puissance publique estime être de la compétence des juridictions administratives, le gouvernement, représenté par le préfet du département où siège le tribunal saisi de ce litige, va « élever le conflit » et pour cela demander à ce tribunal de se déclarer incompétent. Pour

(352) Ouv. cité, t. 1, n° 96.
(353) Cass. crim. 28 janvier 1864, *S.*, 1864, 1, 374.

ce faire, le préfet adresse au procureur de la République près le tribunal en question, un « déclinatoire de compétence ». Le procureur de la République est tenu de transmettre ce déclinatoire au tribunal, mais, une fois cet acte de saisine accompli, il garde l'entière liberté de donner les conclusions qu'il juge bonnes et, par exemple, de demander au tribunal de repousser le renvoi qu'il sollicite. L'article 6 de l'ordonnance de 1828 prévoit, en effet, que « le procureur de la République fera connaître dans tous les cas au tribunal la demande formée par le préfet et requiert le renvoi, si la revendication lui paraît fondée ».

Dans cette matière plus « politique » que judiciaire, l'analogie entre le rôle du procureur de la République, en matière de conflit, et celui du procureur général d'ancien régime, pour l'enregistrement des actes royaux, est évidente et c'est très logiquement que l'ordonnance de 1828 reprend ici la tradition historique.

N° 171. — La position du législateur était donc claire et logique. La liberté d'expression est reconnue au ministère public lorsqu'il ne fait que représenter le gouvernement, car la situation est tout à fait analogue à celle du procureur général d'ancien régime agissant en matière politique. Mais l'adage « si la plume est serve, la parole est libre » n'est pas consacré, par contre, pour tout ce qui concerne l'action judiciaire du ministère public, où il était inconnu de l'ancien droit. Son extension à ces matières n'est donc que le résultat d'une coutume inspirée par une généralisation abusive de la doctrine, interprétant aussi mal l'histoire que les travaux préparatoires du Code d'instruction criminelle. Mais, s'il y a là certainement une erreur, c'est une erreur qui a fait droit, puisque les nouveaux textes de 1958 reconnaissent expressément la liberté de parole des officiers du ministère public et que le problème des sources de cette liberté ne se pose plus aujourd'hui.

E) Les Textes de 1958

N° 172. — En matière d'organisation judiciaire, l'article 5 de l'ordonnance n° 58.1270 du 22 décembre 1958, après avoir rappelé que « les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du Garde des sceaux, Ministre de la Justice », ajoute, qu'« à l'audience, leur parole est libre ». En matière répressive, l'article 33 du Code de procédure pénale précise :

> « Il (le ministère public) est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données... il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice ».

Mais, au fond, ces dispositions ne sont pas à l'abri de la critique, car la solution qu'ils consacrent n'est pas des plus rationnelles. Pour admettre que le législateur consacre expressément une coutume qui était, en réalité, le résultat d'une erreur d'interprétation, il faut être persuadé que cette coutume a été inspirée par des considérations de bon sens. C'est cette idée d'une règle conforme à la raison qui doit guider l'interprétation des dispositions légales, comme elle aurait dû guider le législateur.

§ 2. — SENS DE L'ADAGE « SI LA PLUME EST SERVE, LA PAROLE EST LIBRE »

N° 173. — On pourrait s'étonner d'une telle recherche et certains diront que ce sens est parfaitement clair. Il ne nous paraît pas, pourtant, qu'il soit aussi évident qu'on veut bien le dire, et il n'en est pas de meilleure preuve que la divergence des opinions doctrinales exprimées à son sujet. De deux choses l'une : ou bien on prend l'adage au sens littéral, mais il faut le justifier et expliquer pourquoi on établit une différence entre la parole et l'écrit ; ou bien on donne une autre signification au texte, mais il faut alors dire laquelle et en donner les raisons.

A) L'Adage pris au Sens littéral

N° 174. — C'est là, bien évidemment, la première solution qui vient à l'esprit, car la formule de l'article 33 du Code de procédure pénale est aussi claire que l'était le brocard. Mais, alors, pourquoi établir une distinction entre la parole et l'esprit ? Une seule explication serait valable, celle qui est tirée de la différence qui existe, pour une partie ordinaire, entre les conclusions écrites et la plaidoirie.

Les traditions procédurales pensent avec l'esprit populaire que, si les écrits restent, les paroles s'envolent : toute juridiction est obligée de répondre aux conclusions qui sont déposées devant elle, ne serait-ce que pour les rejeter ; quant à la plaidoirie, au contraire, elle a indiscutablement une influence de fait sur les juges, mais ceux-ci ne sont pas tenus de répondre aux arguments qui y sont développés. Dans cette perspective, on pourrait dire qu'il est logique que le ministère public se conforme aux ordres reçus dans ses réquisitions écrites, parce que c'est à elles seules que la cour ou le tribunal devra répondre, alors qu'il est libre de développer les réquisitions orales qu'il juge bonnes parce qu'elles n'ont qu'une simple influence de fait.

Mais il se trouve que le ministère public n'est pas une partie ordinaire et que le Code de procédure pénale, comme d'ailleurs le Code d'instruction criminelle, ne traite pas ses réquisitions orales comme les plaidoiries des autres parties. Alors que l'article 315 du Code de procédure pénale, relatif à celles-ci, prévoit seulement que, devant la Cour d'assises : « l'accusé, la partie civile et leurs conseils peuvent déposer des conclusions sur lesquelles la cour est tenue de statuer », l'article 313 du Code de procédure pénale, reprenant presque littéralement les articles 276 et 277 du Code d'instruction criminelle, dispose :

> « Le ministère public prend au nom de la loi toutes les réquisitions qu'il juge utiles : la cour est tenue de lui en donner acte et d'en délibérer.
>
> « Les réquisitions du ministère public prises dans le cours des débats sont mentionnées par le greffier sur son procès-verbal. Toutes les décisions auxquelles elles ont donné lieu sont signées par le président et par son greffier ».

Puisqu'il n'y a aucune différence de valeur entre réquisitions écrites et réquisitions orales, rien ne justifie la distinction opérée par l'article 33.

Certes, on pourrait nous opposer que l'article 458 du Code de procédure pénale relatif aux réquisitions du procureur de la République devant le tribunal correctionnel ne reprend pas les dispositions de l'article 313 et marque une différence entre les réquisitions et le réquisitoire :

> « Le procureur de la République prend au nom de la loi les réquisitions tant écrites qu'orales qu'il croit convenables au bien de la justice.
>
> « Dans le cas où des réquisitions écrites sont prises, mention en est faite dans les notes tenues par le greffier et le tribunal est tenu d'y répondre ».

Mais nous croyons pouvoir repousser ce reproche. En effet, nous avons noté que l'article 313 reprend deux articles du Code d'instruction criminelle, et reste donc dans la ligne de la tradition. Au contraire, l'article 458 est nouveau et comme il a été rédigé après l'article 33, il est normal qu'il ait été influencé par sa rédaction défectueuse. Quoi qu'il en soit, nous pensons que la véritable solution est celle de l'article 313, mais l'adage « si la plume est serve, la parole est libre », pris au sens littéral, est alors dépourvu de toute justification.

B) Le Sens rationnel de l'Adage

N° 175. — Aucune solution ne nous est proposée sur ce point par la doctrine : alors que les processualistes ne se sont jamais interrogés sur le sens de cet adage, les explications des pénalistes divergent. Pourtant, le véritable sens de « si la plume est serve, la parole est libre », nous est fourni, comme accidentellement, il est vrai, par Faustin Hélie.

La plupart des auteurs s'accordent pour distinguer entre la procédure durant l'instruction et la procédure à l'audience. C'est l'avis de Le Poittevin : « A l'audience, il reprend son entière indépendance de parole et n'obéit plus à d'autres soucis qu'à celui de la vérité et de la justice » (354) et aussi celui de M. Vitu : « L'officier du ministère public, fonctionnaire soumis au pouvoir hiérarchique quand il est dans son parquet, redevient un magistrat indépendant lorsqu'il est à l'audience » (355). Mais, d'autres, comme Mangin, distinguent entre l'instruction et le jugement : « Il faut distinguer dans la procédure criminelle les actes de poursuite et d'instruction qui précèdent le jugement et ce jugement lui-même... le Ministre de la Justice peut prescrire à un procureur général... de faire ou requérir tels actes de procédure, mais la déférence que les officiers du ministère public doivent aux ordres de leurs chefs est limitée aux actes d'instruction, elle ne les lie pas

(354) Dictionnaire cité, v° ministère public.
(355) Ouv. cité, p. 51.

lorsqu'il s'agit du jugement de l'affaire » (356), (357). Alors que d'autres, enfin, distinguent entre la mise en mouvement de l'action publique et son exercice. C'est le cas de Faustin Hélie : « Le procureur général est tenu comme agent du pouvoir exécutif de se conformer aux ordres qu'il reçoit pour entamer des poursuites, mais, ensuite, il devient l'homme de la justice et nul ordre supérieur ne peut entraver ses conclusions » (358).

Du point de vue sentimental, on ne peut dénier toute valeur à la dernière de ces opinions qui est manifestement en accord avec la tradition historique comme avec les déclarations de Treilhard dont elle est visiblement inspirée, mais du point de vue rationnel, elles se valent toutes mais ne peuvent pas être retenues car il n'y a pas plus d'arguments de raison en leur faveur qu'il n'y en avait en faveur du sens littéral de l'adage.

N° 176. — La véritable explication nous sera malgré tout fournie par Faustin Hélie, presque par hasard, dans sa conclusion sensiblement différente des opinions qu'il avait émises précédemment :

> « Le pouvoir exécutif peut imposer au parquet des actes, mais il ne peut lui imposer une opinion. Il peut prescrire une poursuite, un appel, un pourvoi, mais il ne peut enchaîner cette opinion » (359).

Voilà enfin qui est satisfaisant pour l'esprit et se dégage d'une distinction aussi arbitraire qu'injustifiable entre écrits et parole : le pouvoir exécutif peut bien contraindre le ministère public à accomplir un acte quelconque comme il l'entend, mais il ne peut pas l'empêcher ensuite d'exprimer son opinion en toute sincérité.

Cette interprétation est d'ailleurs celle qui est conforme à l'histoire et concorde avec l'article 6 de l'ordonnance du 6 juillet 1828 qui perpétue sur ce point la tradition historique. Dans les deux cas le mécanisme est le même : obligation de saisir, liberté de la demande. Mais, dans l'un et l'autre cas, la distinction qui est faite ne s'instaure pas entre l'écrit et la parole. Elle se fait entre la saisine de la juridiction et la teneur des réquisitions qui y seront formulées, sans que l'on précise qu'il ne pourra y avoir qu'une demande orale à l'audience. A s'en tenir au seul article 6 de l'ordonnance de 1828, rien n'empêcherait, semble-t-il, le procureur de la République d'inciter, par des réquisitions écrites, la juridiction que l'on veut dessaisir à ne pas accueillir la demande du préfet.

L'adoption de cette position nous amène, logiquement, à corriger le sens de l'adage dans deux directions opposées. En premier lieu, nous admettons que le procureur de la République, après avoir pris des

---

(356) Ouv. cité, t. 1, n° 95.

(357) Certes, ces deux premières opinions coïncidaient à l'époque où elles ont été exprimées car il n'y avait d'audience que pour le jugement, elles doivent être distinguées, au contraire, aujourd'hui, depuis qu'il se tient une véritable audience devant la chambre d'accusation pour savoir si le procureur général est lié ou libre à cette audience (V. J. Brouchot, La chambre d'accusation, *J.C.P.*, 1959, I, 1485 et *R.S.C.*, 1959, 328 ; — G. Levasseur, Vers une procédure d'instruction, *R.S.C.*, 1959, 297).

(358) Ouv. cité, t. 1, n° 488.

(359) Ouv. cité, t. 1, n° 488.

réquisitions écrites conformes aux désirs de ses supérieurs, peut y ajouter, toujours par écrit, sa propre opinion. En second lieu, nous estimons que les supérieurs hiérarchiques du procureur peuvent lui donner l'ordre de requérir oralement dans tel ou tel sens, parce que faire des réquisitions orales est un acte, mais qu'ils ne peuvent ensuite l'empêcher d'exprimer aussi ce qu'il croit personnellement être juste. Cette conception n'est pas, néanmoins, celle qui anime les textes nouveaux.

§ 3. — LA LIBERTE DE PAROLE DES OFFICIERS DU MINISTERE PUBLIC DANS LES TEXTES NOUVEAUX

N° 177. — Les rédacteurs du Code de procédure pénale ont fait preuve d'un conservatisme indiscutable, d'une part en rédigeant l'article 33 suivant les termes traditionnels de l'adage sans en rechercher le sens véritable, d'autre part en n'accordant pas au ministère public certaines garanties qu'il aurait été souhaitable de lui voir reconnaître dans la mesure où l'on pense que la plume doit être serve. Quant aux rédacteurs de l'ordonnance de 1958, ils se bornent à poser un principe sans en définir les modalités d'applications, mais en insistant bien sur le fait que la liberté ne joue qu'à l'audience et pour la parole, en sorte que leur conservatisme n'est pas moindre, si l'analyse de l'article 5 appelle moins de commentaires (360).

L'article 33 du Code de procédure pénale a été emprunté, comme le font remarquer MM. Besson, Vouin et Arpaillange (361), à un arrêt de la Cour de cassation qui, lui-même, se bornait à exprimer en français moderne l'adage antique : « Attendu, d'autre part, que la parole du ministère public à l'audience est libre, qu'il est indépendant dans l'exercice de ses fonctions, qu'il a le droit de dire tout ce qu'il croit convenable au bien de la justice comme de produire tous les documents et de donner toutes les explications qui lui paraissent utiles, sauf le droit des parties en cause de discuter les documents produits et de combattre les arguments présentés par le ministère public » (362). C'est dire qu'il consacre une formule parfaite irrationnelle.

---

(360) L'avant-rapport de M. Minjoz, présenté à la Commission de la Justice de l'Assemblée Nationale (*Le Pouvoir Judiciaire*, août-septembre 1958), ajoutait à la proposition retenue : « à l'audience leur parole est libre », cette précision que cette liberté s'exerce « tant en ce qui concerne la nature de leurs réquisitions orales que l'initiative de ces réquisitions ». Cette première rédaction avait, sur celle qui a été consacrée, l'avantage de mettre en lumière le double domaine de la liberté de parole : libre initiative et libres propos. Mais nous ne pensons pas que leur suppression puisse fournir un quelconque élément de discussion et, en tous cas, qu'elle porte une atteinte appréciable à la liberté de parole.

(361) Ouv. cité, art. 33.

(362) Cass. Crim. 7 juillet 1949, *B.*, n° 230.

Certes, MM. Vouin et Léauté ont cru pouvoir écrire :

> « Il faut sans doute considérer que le gouvernement doit pouvoir toujours faire présenter à toute juridiction même les conclusions ou réquisitions orales qu'il juge opportunes. Mais le magistrat du parquet garde toujours... le droit, l'ordre exécuté, d'exprimer librement sa conviction personnelle » (363).

Mais nous croyons que, si c'est là indiscutablement la solution logique, ce n'est pas celle qui a été consacrée, MM. Vouin et Léauté faisant remarquer, par ailleurs, que : « Le Code de procédure pénale, ici encore, ne fait que recueillir l'expression traditionnelle de la règle » (364).

Nous pensons, en conséquence, avec M. Salingardes, qu'à s'en tenir à l'expression même du texte :

> « L'article 33 paraît exclure pour la hiérarchie l'opportunité d'adresser aux magistrats du parquet même une invitation à adopter à l'audience une attitude déterminée ou à leur prescrire, par exemple, par voie de circulaire, de requérir avec fermeté dans une catégorie quelconque d'affaires » (365).

N° 178. — MM. Vouin et Léauté écrivent encore :

> « Mais le magistrat du parquet garde toujours le droit d'indiquer qu'il agit ou s'exprime sur l'ordre qu'il a reçu ».

C'est là exprimer une solution hautement souhaitable et qui existait dans l'ancien droit, alors que les procureurs généraux, présentant les édits royaux au parlement, déclaraient le faire par « exprès commandement ». Mais, rien, dans le texte du Code de procédure pénale, ne nous autorise à la considérer comme consacrée (366).

Cette déclaration que l'on agit sur ordre pourra intervenir lorsque cet ordre est indispensable à la validité de l'acte accompli, comme c'est le cas, dans l'article 620 du Code de procédure pénale, pour la demande d'annulation, par le procureur général près la Cour de cassation, d'actes ou de jugements contraires à la loi, cet article exigeant un « ordre formel » du ministre ; ou encore, si l'on admet avec nous la possibilité, pour le procureur général, de faire exécuter un ordre par le substitut d'un procureur de la République qui n'a pas voulu exécuter celui qui lui avait été donné. Il sera nécessaire au substitut de déclarer qu'il agit sur l'ordre du procureur général, car il n'a pas personnellement le pouvoir de s'opposer à son chef de parquet. Mais, dans l'hypothèse où un magistrat du ministère public agit dans un cas où il a compétence, le Code de procédure pénale ne lui attribue pas expressément la possibilité de se retrancher derrière son mandant. Certes, dans le mesure où le procureur dira dans son réquisitoire autre chose que ce qu'il avait déclaré dans ses réquisitions écrites, il montrera par là même qu'il

---

(363), (364) Ouv. cité, p. 191.

(365) Juris-classeur de procédure pénale, articles 39 à 44.

(366) La solution devait être la même sous le régime du Code d'instruction criminelle encore que la reconnaissance aux officiers du ministère public du droit de déclarer qu'ils agissent par exprès commandement ait été le seul point sur lequel les participants à la réunion du 24 vendémiaire an XIII aient été pleinement d'accord. Les travaux préparatoires quelque utiles qu'ils soient pour l'interprétation des textes ne sauraient avoir à eux seuls force obligatoire. V. en sens contraire, Massabiau, ouv. cité, t. 1, n° 157.

n'exprimait pas sa véritable opinion, mais le code ne lui donne aucune garantie véritable.

Tout d'abord, l'article 33 emploie simplement le terme d'« instructions », sans précision aucune, ce qui conduit à penser qu'il pourra s'agir aussi bien d'instructions téléphoniques que d'instructions écrites, et le procureur n'aura alors aucun moyen de se justifier, puisqu'il n'aura pas de trace de l'ordre reçu. D'autre part, le code ne consacre pas une disposition dont Robinet de Cléry (367) fait état et qui aurait été intercalée dans un projet de réforme du Code d'instruction criminelle sur lequel cet auteur ne nous donne pas davantage de précisions. Cet article aurait été rédigé ainsi :

> « Le magistrat du ministère public qui reçoit soit du Garde des sceaux, soit du procureur général l'ordre d'exercer des poursuites... peut signifier les actes de poursuite à la requête du magistrat de qui émane l'ordre ».

et Robinet de Cléry fait remarquer :

> « Qu'il semble juste et sage de ménager ainsi la dignité de l'inférieur sans relâcher les liens indispensable à la régularité du service ».

Les rédacteurs du Code de procédure pénale n'ont été sensibles ni à cette sagesse ni à cette justice.

N° 179. — Il eût pourtant suffi de déplacer un mot, et d'en supprimer un autre, pour que l'article 33 acquière le sens rationnel que nous avons défini tout en donnant aux représentants du ministère public une garantie élémentaire. Au lieu d'écrire :

> « Il est tenu de prendre des réquisitions *écrites* conformes aux instructions qui lui sont données... il développe librement les observations *orales* qu'il croit convenables au bien de la justice ».

on aurait écrit simplement :

> « Il est tenu de prendre des réquisitions conformes aux instructions *écrites* qui lui sont données... il développe librement les observations qu'il croit convenables au bien de la justice ».

Nous connaissons maintenant l'organisation hiérarchique du ministère public, ses conséquences et ses limites, il nous reste à en apprécier la valeur.

(367) Et. citée, *Rev. Crit.*, 1876, 424. Le même auteur signale aussi qu'un arrêt de la Cour de Cassation a reconnu qu'un substitut de première instance avait régulièrement agi « au nom du procureur général ».

CONCLUSION

VALEUR DE L'ORGANISATION HIERARCHIQUE DU MINISTERE PUBLIC

N° 180. — L'examen des rapports que les officiers du ministère public ont entre eux et avec le pouvoir central, tels qu'ils ressortent du droit positif, ne laisse pas de surprendre. Il est, en effet, bien difficile de comprendre que des agents du pouvoir exécutif appartiennent à la magistrature ; que tenus d'exécuter les ordres du gouvernement, ils gardent la possibilité de s'y soustraire ; qu'« agents de liaison entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire » (368) institués à l'effet de faire connaître aux tribunaux la volonté du gouvernement, ils aient le droit de faire entendre leur opinion personnelle. Ce ne sont là, encore, que les grandes lignes de l'organisation du ministère public, en droit positif, et bien d'autres détails de cette organisation peuvent paraître tout aussi surprenants. La situation du ministère public n'a jamais, cependant, beaucoup ému la doctrine.

Si la sujétion statutaire des officiers du minstère public a quelquefois suscité certaines inquiétude, si le détail des conséquences de la subordination juridique des officiers du parquet a parfois alimenté quelques discussions doctrinales, le principe même de cette « subordination tempérée par l'indépendance » a bien rarement été contesté, la doctrine classique, comme la doctrine contemporaine, considérant, après avoir expliqué cette complexité du ministère public, qu'elle est de l'essence de l'institution, se justifie théoriquement et est pratiquement satisfaisante.

N° 181. — Si la doctrine n'est pas, en effet, totalement homogène, elle est animée du même esprit et explique de la même façon la complexité du ministère public par la coexistence chez les officiers du ministère public de deux qualité différentes. Si les appellations données à ces deux qualités varient d'un auteur à l'autre (369), l'idée reste la même en dépit des divergences terminologiques : le ministère public possède deux qualités, dont l'une impose la soumission au pouvoir exécutif, alors que l'autre permet l'indépendance.

Cette fois encore, cependant, une distinction peut être faite. Un courant minoritaire pense que le ministère public est principalement

(368) Morel, ouv. cité, n° 157.
(369) V. ci-dessus, n° 55.

indépendant et subsidiairement subordonné, et il limite cette soumission à la seule mise en mouvement de l'action publique (370). Mais cette position ne peut être considérée comme une explication du droit positif, avec lequel elle est manifestement inconciliable. Le courant dominant, qui groupe à peu près tous les auteurs classiques, pénalistes et processualistes, affirme, à l'inverse, que les officiers du ministère public sont principalement « fonctionnaires » et subsidiairement « magistrats » : fonctionnaires dans l'ensemble de leurs attributions, ils deviennent magistrats à l'audience, dans la mesure où ils gardent le droit de faire connaître oralement leur opinion.

N° 182. — Les officiers du ministère public possèdent donc deux qualités différentes, mais cela n'est pas gênant en pratique. Pour la doctrine classique, cette dualité des caractères serait même, au contraire, la meilleure des garanties de bonne justice. Faustin Hélie écrit :

> « Or, la grandeur du ministère public est toute entière dans la puissante unité de ses règles, dans l'impulsion suprême qui surveille ses actes, dans la hiérarchie qui, d'une simple fonction, a fait une merveilleuse institution » (371).

Et plus loin :

> « Son indépendance est-elle menacée par le lien qui l'attache au pouvoir exécutif ? Il est certain qu'elle subit une haute direction et qu'elle est exercée sous le contrôle d'une surveillance réelle ; mais les fonctions du ministère public sont tellement considérables, leur influence sur la liberté individuelle et la sûreté publique est si puissante qu'une telle surveillance n'est point inutile » (372).

Avant de conclure avec un bel optimisme :

> Ce caractère complexe ne fait naître, en général, dans la pratique, aucune difficulté, car le pouvoir exécutif ne doit point avoir et n'a point d'autres intérêts que les intérêts de la société et de la justice » (373).

De même, pour Robinet de Cléry, qui était, sans doute, un de ces magistrats, heureusement fort rares, qui ont une fâcheuse tendance à « ouvrir le parapluie », c'est-à-dire à « solliciter sans cesse les instructions ministérielles qui les mettent à couvert » (374), la subordination hiérarchique est une véritable bénédiction à la fois pour les membres du ministère public et pour le bien de la justice :

> « A quelles dissidences ne faudrait-il pas s'attendre s'ils étaient abandonnés sans contrôle aux inspirations d'une capricieuse équité ? Quelles contradictions ne verrait-on pas se produire ? Ce serait un véritable chaos. La prépondérance ministérielle répond à une pensée vraiment libérale et pleine d'équité » (375).

Et il se félicite que des circulaires ministérielles fréquentes viennent éclairer le sens des textes, selon la chancellerie.

---

(370) M. Rolland, ét. citée, *J.C.P.*, 1956, I, 1271.
(371) Ouv. cité, t. 1, n° 472.
(372) Ouv. cité, t. 1, n° 472.
(373) Ouv. cité, t. 1, n° 487.
(374) R. Vouin, ét. citée, *J.T.*, 1953, 81.
(375) Et. citée, *Rev. Crit.*, 1876, 424.

Les auteurs contemporains paraissent moins optimistes ou plus conscients des problèmes. Sur le plan pratique, ils continuent d'affirmer, cependant, que les ordres du gouvernement ne sont pas nécessairement injustes ou illégaux et qu'ils peuvent ne pas être donnés sur le mode impératif, mais permettre la libre discussion des officiers du ministère public (376). Ils notent, d'autre part, que bien peu d'incidents sont à signaler dans la pratique quotidienne des parquets (377).

N° 183. — Mais, si cela explique peut-être la complexité du ministère public, il faut encore la justifier. La doctrine le fait très simplement en déclarant que les officiers du ministère public sont « les agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux » parce que « la poursuite des faits illicites constitue... l'une des fonctions du pouvoir exécutif » (378) :

> « Le gouvernement a le droit de diriger (l'action publique) puisqu'elle est une partie essentielle de la puissance exécutive » (379).

Pour ce faire, il nomme des représentants qui ne dépendent que de lui ; il peut leur donner des ordres auxquels ils doivent se soumettre ; il est responsable de leur action et cette responsabilité se confond avec la responsabilité ministérielle qui peut être mise en jeu devant le parlement. Quant à la qualité de magistrat des officiers du ministère public, la doctrine pense qu'elle est suffisamment justifiée par la tradition, leur « magistrature », bornée le plus souvent à leur liberté de parole, s'expliquant par des considérations de dignité et de prestige.

N° 184. — Sans même, pour le moment, discuter de son fondement, il est difficile de ne pas noter que la position de la doctrine est à la fois illogique et insuffisante.

1° Elle est illogique, car, s'il est vrai que le ministère public exerce une fonction du pouvoir exécutif, c'est à ce dernier que revient le pouvoir de décision et rien ne postule l'indépendance du ministère public, même limitée à la liberté de parole, que tous s'accordeent à lui reconnaître. Il est indéniable que le réquisitoire à l'audience est un acte d'exercice de l'action publique et que, dans la mesure où c'est en qualité d'agent du pouvoir exécutif que le ministère public exerce l'action publique, il doit être soumis, dans son réquisitoire comme en toute autre matière. L'appel à des considérations de dignité et de prestige n'est d'aucun intérêt en l'occurrence : si l'officier du ministère public est l'agent du pouvoir exécutif auprès des tribunaux, « il ne compromet pas plus sa dignité personnelle en exécutant les ordres reçus que le militaire ne compromet la sienne en exécutant les ordres dont il n'est que l'instrument, et les stricts devoirs de sa charge lui commandent, bien loin de lui interdire, l'obéissance passive à sa consigne » (380).

---

(376) B. Pigé, thèse citée, p. 173.
(377) A. Besson, La réforme de la procédure pénale, conférence faite à la section de droit pénal et de science criminelle de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, le 18 décembre 1953, *R.S.C.*, 1954, 1.
(378) Trébutien, ouv. cité, 2e éd., p. 76.
(379) Mangin, ouv. cité, t. 1, n° 12.
(380) Reverchon, ét. citée, *Le Droit*, 8, 9, 10 février 1869.

2° Mais la position de la doctrine est surtout notablement insuffisante à rendre compte, et encore moins à justifier la complexité du ministère public en droit positif.

On nous dit bien pourquoi le ministère public agissant en matière répressive est soumis au gouvernement, mais si tous admettent qu'il doit en être autant du ministère public en matière civile, personne n'en fournit une justification véritable.

On peut bien comprendre, en lisant les auteurs classiques, que les officiers du ministère public soient dans leur ensemble soumis au pouvoir exécutif, voire même qu'ils soient hiérarchiquement organisés, dans la mesure où il est plus facile au pouvoir exécutif d'entretenir des rapports avec un petit nombre de procureurs généraux qui transmettent les ordres, plutôt qu'avec l'ensemble des chefs de parquet (381). Mais on ne comprend pas pourquoi le procureur général peut, de sa propre autorité, donner des ordres aux procureurs de la République.

La théorie classique est encore insuffisante pour justifier que les officiers du ministère public se recrutent parmi les magistrats et la tradition qu'invoquent les auteurs n'est, ici, d'aucun secours. S'il n'était pas choquant que le procureur purement fonctionnaire de l'ancien droit appartînt au parlement, c'est parce que la séparation des pouvoirs n'existait pas et que le parlement lui-même possédait des attributions politiques, mais cette raison ne vaut plus. Quant à la prétendue liberté de parole des officiers du ministère public, elle n'a rien qui impose l'appartenance à la magistrature ou qui en découle, puisqu'elle était, dans l'ancien droit, la prérogative d'un haut fonctionnaire et non celle d'un magistrat (382).

Enfin et surtout, ce qui permet de réfuter les positions doctrinales, c'est que le pouvoir propre des chefs de parquet, consacré par le droit positif depuis les textes napoléoniens et partout analysé, n'est expliqué nulle part. Les auteurs se bornent à relever à son propos que les officiers du ministère public bénéficient d'une délégation directe de la loi. Mais il est difficile, alors, de ne pas noter la contradiction qu'il y a entre cette proposition, qui signifie que le ministère public agit en vertu d'une délégation de la nation, et celle selon laquelle le ministère public serait l'agent du pouvoir exécutif auprès des tribunaux, ce qui supposerait que le ministère public agit sur la délégation du gouvernement.

N° 185. — Toutes ces insuffisances et ces illogismes s'expliquent probablement par la méthode que suit la doctrine. Celle-ci, en effet, s'est uniquement donné pour but d'analyser et d'expliquer le droit positif, ce qu'elle ne fait pas toujours, d'ailleurs, avec bonheur. Mais elle ne s'est jamais demandé si le ministère public, qui est établi par les textes napoléoniens, est bien tel qu'il devait être. Il semble pourtant que c'est par là qu'il fallait commencer, pour découvrir que, si une certaine complexité est effectivement de l'essence du ministère public, elle ne se justifie pas du tout par les raisons qu'on en donne.

---

(381) V. en ce sens une réflexion de Bigot de Préameneu, Locre, ouv. cité, t. 24, p. 434 : « Il est difficile de correspondre avec 108 procureurs impériaux et d'établir de l'ensemble et de l'harmonie dans leur manière d'opérer. Il n'en sera pas de même si le grand juge n'est plus forcé de correspondre qu'avec 20 procureurs généraux et que ceux-ci soient chargés de la correspondance avec les premiers juges ».

(382) V. ci-dessus, n° 77.

Section I. — LE MINISTERE PUBLIC DE LEGE FERENDA

N° 186. — Conçu comme une autorité essentiellement chargée de poursuivre, en matière pénale, la répression des infractions et d'intervenir, en matière civile, dans les affaires des particuliers, voire de provoquer contre eux des actions civiles, le ministère public ne peut pas être le résultat d'une création arbitraire. Ainsi que l'exprimaient, avec une terminologie un peu dépassée, mais en fonction d'une idée juste, les premiers auteurs :

> « Le ministère public doit être en harmonie avec la constitution du pays où il s'exerce » (383).

Pour le ministère public, plus peut-être que pour toute autre institution, le « donné » a une influence déterminante et le « construit » n'est acceptable qu'autant qu'il est la conséquence nécessaire du premier. En présence d'une situation politique et juridique précise, le ministère public doit nécessairement, pour répondre à sa mission, présenter un certain nombre de caractères qu'il faut essayer de dégager pour juger de la valeur du ministère public tel qu'il existe en droit positif. Or, le « donné », dans les rapports du ministère public avec le pouvoir central, se confond avec la détermination du titulaire de la souveraineté et du rôle exact du ministère public. Quant aux rapports des officiers du ministère public entre eux, ils sont le résultat de considérations de bon sens.

§ 1. — LE MINISTERE PUBLIC ET LE POUVOIR CENTRAL

A) Le Ministère public Agent du Titulaire de la Souveraineté

N° 187. — Nous avons dit, déjà, que le droit de porter en matière répressive une accusation publique, comme celui d'intervenir dans les procès civils, qui constituent les attributions fondamentales du ministère public, sont des attributs nécessaires de la souveraineté (384). Si, dans l'ancien droit, les officiers du ministère public étaient les agents du pouvoir royal auprès des tribunaux, agissant au nom du Roi et sur sa délégation, c'est parce que le Roi était souverain. Or, depuis la Révolution, l'article 3 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, jamais démenti depuis, a proclamé solennellement que :

> « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation ».

Les officiers du ministère public sont donc et ne peuvent donc être que les représentants de la nation, et c'est par le fait d'une erreur évidente que la doctrine soutient encore unanimement qu'ils sont les « agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux ». Cette proposition, manifestement inexacte sur le terrain des principes, ne trouve pas davantage d'arguments dans les textes.

---

(383) Mangin, ouv. cité, t. 1, n° 5.
(384) V. ci-dessus, n° 77.

N° 188. — Sur le plan des principes, l'affirmation de la doctrine procède d'une confusion probablement inspirée par l'histoire, entre pouvoir exécutif et pouvoir souverain. Le droit de poursuivre la répression des infractions est un attribut du second et non du premier, il n'appartient au pouvoir exécutif que dans la mesure où celui-ci est souverain, ce qui était le cas dans l'ancien droit, mais ne l'est plus depuis la Révolution.

La position doctrinale ne trouve pas davantage d'appui dans les textes. Certes, elle ne manque pas de citer l'article 8 du décret des 16-24 août 1790 qui posait la fameuse formule selon laquelle « les officiers du ministère public sont les agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux. » Mais cet article ne peut être retenu car il était dès l'origine dépourvu de valeur, ainsi qu'en témoigne sa contradiction avec les autres articles du même décret, d'une part, et les textes révolutionnaires contemporains, qui envisagent la question du ministère public, d'autre part.

Les décrets des 16-24 août et 8 mai - 27 septembre 1790, qui organisent le ministère public, tirent, en effet, très logiquement, en ce qui le concerne, les conséquences du principe de la souveraineté populaire qu'avait posé la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En matière répressive, le décret des 16-24 août décide que l'accusateur public sera élu et c'est bien là la preuve que le droit de poursuivre appartient à la nation et non au pouvoir exécutif. Quant aux autres fonctions du ministère public, elles seront exercées par un commissaire du Roi nommé par lui, mais dont il est totalement indépendant (articles 1 et 2 du décret des 8 mai - 27 septembre 1790), ainsi qu'en témoigne une circulaire du Ministre de la Justice du 1er octobre 1790 :

> « Les officiers du ministère public sont des magistrats attachés aux divers corps judiciaires et qui ont pour mission d'y défendre les intérêts de la société en veillant à l'exécution des lois » (385).

L'affirmation de l'article 8, alinéa 1, du décret des 16-24 août 1790 était donc erronée dès son origine, puisqu'elle pose un principe qui n'est appliqué nulle part. Elle procède d'une double confusion, d'ordre historique (on consacre la solution de l'ancien droit sans se rendre compte qu'elle ne correspond plus à la réalité) et d'ordre juridique (l'article 8 du décret des 16-24 août 1790 est certainement le premier exemple de la confusion que nous avons dénoncée entre la situation statutaire des officiers du ministère public et leur situation juridique (386) : ce n'est pas parce que les commissaires du Roi sont nommés par lui qu'ils lui sont subordonnés et il est même certain qu'en l'occurrence il n'en était rien).

La loi du 7 pluviose an IX posait, il est vrai, le principe de l'appartenance du droit de poursuivre au pouvoir exécutif (387). Mais ce texte, d'ailleurs incompatible avec le principe de la souveraineté populaire, a été abrogé par la promulgation du Code d'instruction criminelle, qui ne contient pas de semblable déclaration de principe.

---

(385) Recueil officiel des instructions et circulaires du ministère de la justice, t. 1, p. 1.
(386) V. ci-dessus, nos 56 et s.
(387) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 451.

La doctrine dominante en la matière est donc fausse et il est certain que les officiers du ministère public ne sont pas les agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux, mais les représentants de la nation devant eux. Il reste, cependant, à déterminer comment cette souveraineté populaire va être mise en œuvre.

N° 189. — Plusieurs moyens sont concevables pour mettre en œuvre cette nouvelle souveraineté. En matière répressive, on peut d'abord songer à adopter le système de l'accusation populaire ou celui de l'élection directe d'un accusateur public. En matière civile, comme en matière répressive, on peut penser, ensuite, à une délégation de la nation souveraine, délégation qui peut être directe ou indirecte. Ou bien la nation délègue ses droits au pouvoir exécutif, qui les subdélègue à des officiers de son choix, lesquels lui sont alors entièrement soumis, sans aucun tempérament possible. Ou bien la société délègue directement ces mêmes droits à des officiers que le pouvoir exécutif aura pour rôle de recruter, de surveiller et éventuellement de punir, mais sans que cela lui donne *ipso facto* le droit de diriger leur action. Mais, pour choisir celui de ces moyens qui sera le plus adéquat, il faut s'interroger sur le rôle du ministère public, représentant de la société auprès des tribunaux.

B) Rôle du Ministère public
Représentant de la Société auprès des Tribunaux

N° 190. — Représentant de la société auprès des tribunaux, le ministère public doit se faire auprès de ceux-ci l'interprète de la volonté de celle-là. Or, la volonté nationale, dans un régime représentatif, se manifeste de deux manières : elle s'exprime, en premier lieu, par le vote de la loi ; elle s'exprime, en second lieu, par le choix d'un gouvernement, c'est-à-dire d'une politique à la réalisation de laquelle les décisions de justice ne sont pas indifférentes. Représentant de la société auprès des tribunaux, le ministère public doit donc veiller à la fois au respect de la loi et à l'intérêt du gouvernement. Mais il importe d'insister sur le fait qu'il y a là deux choses différentes et qui doivent être bien distinguées.

1° *Le ministère public et la loi.*

N° 191. — Il ne fait pas de doute que le rôle du ministère public, en matière civile, est de défendre la loi. Dans l'ancien droit, le ministère public n'intervenait jamais en matière civile que par voie de réquisitions et nous savons qu'en l'occurrence, il n'est qu'une autorité consultative qui participe au jugement « par le secours qu'il apporte aux juges pour les mettre en état de remplir leur mission » (388). Ce rôle lui a été conservé par la législation napoléonienne qui lui a ajouté, en outre, celui d'agir en matière civile contre les particuliers, dans certaines hypothèses. Il n'en reste pas moins que dans l'un et l'autre cas, le ministère public agit ou intervient pour assurer la stricte exécution

(388) Daguesseau, Œuvres, t. X, p. 443.

de la loi civile, « qu'il se borne à révéler au juge la violation de la loi » ou « qu'il en demande lui-même, par une action principale, la sanction » (389). Seul, le souci de la loi dicte au ministère public sa décision d'intervenir, comme la substance de son intervention. Certes, les textes prévoient que le critère de l'action ou de l'intervention du ministère public réside dans la protection de l'ordre public, soit un ordre public que l'on peut qualifier de pur et simple, soit un ordre public « directement et principalement intéressé » (390). Mais il ne peut pas faire de doute que l'ordre public en question n'est pas un ordre public matériel et contingent, mais un ordre public « législatif », l'ordre public tel qu'il se dégage à un moment donné de l'ensemble des textes en vigueur : « il ne semble pas que le doute soit permis, le point de savoir si une institution, si une disposition est ou non d'ordre public, est une question de droit » (391).

N° 192. — Il paraît non moins évident que le rôle du ministère public en matière répressive est également, et avant tout, de pourvoir à la sanction et au respect de la loi, et cela, durant tout le déroulement de l'action en justice. Mais, cette fois encore, la doctrine dominante professe un point de vue différent. Si nul ne conteste que le ministère public à l'audience concourt à l'interprétation et à l'application de la loi pénale par le juge, tous prétendent qu'au moins en ce qui concerne la mise en mouvement de l'action publique, les officiers du ministère public ne sont que des fonctionnaires chargés d'exécuter les volontés du gouvernement, sans que la considération de la loi ait à intervenir. Cette position qu'adopte le nouvel article 31 du Code de procédure pénale, opposant nettement « l'exercice de l'action publique » et le soin de l'« application de la loi » (392), s'est appuyée à l'origine sur une décision d'ailleurs fort ancienne de la Cour de cassation (393). Elle ne tient pas compte, cependant, de la seconde modification du droit révolutionnaire qui, avec le transfert de la souveraineté, devait avoir une influence déterminante sur l'institution du ministère public : l'instauration du principe de la légalité des délits et des peines, qui fait indiscutablement de la mise en mouvement de l'action publique une affaire légale.

Certes, la seule manifestation du principe de la légalité des délits et des peines qui soit expressément prévue par le Code pénal est que nul ne peut être « puni » de peines qui ne seraient pas prévues par la loi pour une infraction définie par elle (394). Mais elle a pour corollaire

(389) J. Vincent, ét. citée, dans Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. 2, p. 304.

(390) Cass. Civ. 17 décembre 1913, *S.*, 1914, 1, 153, note Ruben de Couder ; *D.*, 1914, 1, 26, note Binet ; — V. H. Solus et R. Perrot, ouv. cité, t. 1, n° 884.

(391) J. Vincent, ét. citée, dans Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. 2, p. 304.

(392) Article 31 du Code de procédure pénale : « Le ministère public exerce l'action publique et requiert application de la loi ».

(393) Cass. Crim. 14 pluviose an IX, Merlin, Recueil alphabétique de questions de droit, 4e éd., 1829, v° Ministère public, § 5 : « Il faut distinguer chez les officiers du ministère public deux caractères différents : celui d'agent de la société pour la poursuite des délits et celui d'organe de la loi pour requérir l'application des peines aux prévenus qui sont l'objet de la poursuite ».

(394) Article 4 du Code pénal : « Nulle contravention, nul édit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis ».

évident que, pour poursuivre, il faut invoquer la loi, et que nul ne peut être inquiété pour des faits qui ne constituent pas une infraction bien précise à la loi pénale, cette solution étant bien d'ailleurs celle édictée par la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (395). Cela ne signifie pas, bien entendu, qu'on ne puisse mettre l'action publique en mouvement que dans la certitude de ce que le délit est effectivement réalisé, mais exige, au moins, que les faits poursuivis présentent l'apparence d'une infraction. C'est à la recherche de cette apparence que la personne chargée de la mise en mouvement de l'action publique doit se livrer. Nous savons que la première démarche de cette recherche est la qualification juridique, par laquelle la partie poursuivante attribue aux faits le nom d'une infraction, et la seconde, l'appréciation de la légalité de la poursuite, qui consiste précisément dans l'évaluation de la probabilité de réalisation de cette infraction. Mais tout cela n'est autre chose, en réalité, qu'interpréter la loi pénale. La distinction traditionnelle de la doctrine entre l'officier du ministère public, fonctionnaire dans son parquet et magistrat à l'audience, parce qu'alors seulement il devient l'homme de la loi, est suffisamment condamnée par cette mise au point. La considération de la loi a une importance aussi grande et même plus, à l'origine du procès pénal que pendant son déroulement.

N° 193. — Le ministère public est donc en toute matière (civile ou répressive), et à tout moment (origine de l'action ou déroulement du procès), l'organe de la loi, chargé de l'interpréter pour la défendre. Cette considération emporte du point de vue de l'organisation du ministère public un certain nombre de conséquences.

1° Elle impose, tout d'abord, l'unité du ministère public en matière civile et en matière répressive, qui s'explique parce que le fondement de leur action est identique, alors qu'on ne la comprendrait pas si l'un faisait entendre la voix de la loi alors que l'autre serait l'agent d'une poursuite arbitraire. La doctrine se borne d'ailleurs à constater cette unité, voire à affirmer qu'elle est « une des conséquences la moins contestée et la moins contestable de l'unité de la justice pénale et de la justice civile » (396), mais sans jamais nous dire pourquoi.

2° La même considération requiert, en second lieu, l'appartenance du ministère public à la magistrature, car la magistrature est seule compétente pour interpréter la loi. La théorie classique des trois pouvoirs enseigne, en effet, que le pouvoir législatif fait la loi et que le pouvoir exécutif pourvoit à son exécution, mais que seul le pouvoir judiciaire est compétent, à l'exclusion de tout autre, pour l'interpréter dans le but d'en faire application à des litiges particuliers (397).

---

(395) Article 7 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Nul ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et dans les formes qu'elle a prescrites ».

(396) Garraud, traité, t. 1, n° 83.

(397) M. Duverger, Institutions politiques et droit constitutionnel, 7e éd., 1963, p. 169 ; — G. Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politiques,

3° La nécessaire appartenance à la magistrature de la personne chargée de mettre l'action publique en mouvement conduit, enfin, à rejeter, parmi les moyens de mettre en œuvre la souveraineté populaire, quant aux attributions du ministère public, non seulement le système de l'accusation populaire, mais aussi celui de l'élection directe d'un accusateur public qui, au moins tel qu'il a été conçu en France, ne requiert aucune connaissance particulière chez la personne investie du droit de poursuivre. Mais il reste à préciser quels doivent être les rapports du ministère public avec le gouvernement pour opter entre la solution de la délégation directe de la loi et celle de la subdélégation du pouvoir exécutif.

2° *Le ministère public et le gouvernement.*

N° 194. — Nous avons dit que les officiers du ministère public doivent recevoir des ordres du gouvernement dans la mesure où, comme la loi, le gouvernement est censé exprimer la volonté de la nation souveraine. Mais il faut bien distinguer ici l'intérêt de la loi et l'intérêt du gouvernement. Si l'ingérence du gouvernement dans l'action du ministère public est légitime, elle ne doit pas être confondue avec un quelconque droit de surveillance sur l'exacte application de la loi, droit qui doit certainement être dénié au gouvernement au nom de la théorie des trois pouvoirs. L'intervention du gouvernement se justifie, au contraire, en ce que les décisions de justice peuvent avoir une influence sur la réalisation de la politique qu la nation a choisie en choisissant le gouvernement.

C'est ainsi qu'une répression plus ou moins sévère des infractions économiques, des infractions contre la famille, des infractions à la législation du travail peut soit favoriser, soit, au contraire, entraver la politique économique, familiale ou sociale du gouvernement. Il y a plus, d'ailleurs et la doctrine moderne affirme qu'il est nécessaire que le gouvernement ait, à côté de ses objectifs traditionnels, une « politique criminelle » qui l'invite à s'intéresser directement à la marche de la justice répressive. L'action du ministère public en matière civile n'est pas davantage indifférente à l'action politique du gouvernement. C'est ainsi que l'action ou l'inaction du ministère public en présence d'un individu qui prétend avoir la nationalité française, sans que cela soit parfaitement établi, peut être conforme ou contraire à une politique de la nationalité et le l'immigration plus ou moins souple selon les gouvernements.

10e éd., 1963, p. 139 ; — Remarques sur la classification des fonctions étatiques, *Rev. Dt Pub.*, 1945, 102.

Il est à noter que l'atteinte très contestable que portent les articles 34 et 37 de la constitution de 1958 au principe de la légalité des délits et des peines en ce qui concerne la répression des contraventions, qui relèvent, désormais, du domaine du règlement et non plus de celui de la loi (V. G. Levasseur, Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions, *D.*, 1959, chr., p. 121 ; — G. Stefani, Le domaine de la loi et du règlement en matière pénale, dans Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, 1964, p. 531) ne devrait rien changer à la question qui nous occupe. Le principe de la légalité des délits et des peines peut, en effet, s'exprimer en deux règles : 1° nul ne peut être poursuivi et condamné qu'en vertu d'un texte préexistant ; 2° ce texte préexistant doit être une loi, au sens exact du terme. La constitution de 1958 ne modifie dès lors que le second de ces deux points et il reste qu'à la base de la poursuite répressive comme de l'action civile il demeure toujours un texte que la magistrature et le ministère public doivent être seuls compétents pour interpréter.

Pour prendre un exemple, on doit dénier au gouvernement le droit de dire à un officier du ministère public : « cet individu est coupable de spéculation illicite, poursuivez-le », ou encore : « l'individu que vous vous apprêtez à poursuivre pour spéculation illicite n'a pas commis ce délit, classez l'affaire sans suite », car, pour savoir si telle ou telle personne est ou non coupable de spéculation illicite, il faut interpréter la loi, ce que le gouvernement ne peut pas faire, son interprétation ne pouvant, en tous cas, prévaloir sur celle du ministère public. On doit reconnaître au gouvernement, au contraire, le droit de dire au même officier du ministère public dans la même hypothèse : « les agissements de cet individu nuisent à ma politique économique, poursuivez-le », ou encore : « les agissement de tel ou tel individu que vous vous apprêtez à poursuivre pour spéculation illicite constituent peut-être ce délit, mais ils favorisent ma politique économique, ne le poursuivez pas » (398).

N° 195. — Ce n'est pas, cette fois encore, l'opinion des ouvrages où l'on peut lire que « les instructions (du Ministre de la Justice) ne peuvent avoir d'autre effet que de rappeler les membres du ministère public à la stricte exécution des lois » (399), ou encore que l'organisation du ministère public « assure au pouvoir exécutif la toute puissance d'action toutes les fois qu'il ne réclame que l'exécution des lois, en même temps qu'elle lui ôte le moyen d'empêcher ou de paralyser cette exécution » (400). Le gouvernement devrait donc, d'après la doctrine, veiller à l'exacte application de la loi, alors que nous venons de démontrer qu'il n'est pas compétent pour le faire. Il ne devrait pas, par contre, chercher à influer sur l'action du ministère public pour des motifs politiques, qui sont au contraire les seuls à pouvoir justifier son intervention.

On n'a jamais envisagé de prendre en considération l'intérêt du gouvernement qu'à propos de la poursuite des infractions politiques. Certains ont même pensé que la meilleure solution, quant à la poursuite des délits, devait être trouvée dans une distinction des infractions politiques et des infractions de droit commun, de sorte que le gouvernement, complètement exclu de la poursuite des secondes, prendrait au contraire une place exclusive de toute autre dans la poursuite des premières (401). Cette conception à laquelle se rallient, partiellement, les textes qui ont récemment institué une Cour de sûreté de l'Etat (402), est le résultat d'une double erreur. S'il est vrai que le gouvernement est le plus souvent tenté d'intervenir dans les poursuites politiques, s'il est vrai que c'est en ces matières qu'il cherche le plus volontiers à influer sur l'action

(398) Pour une information ouverte, sur ordre, après une délibération en conseil des ministres dans une affaire de cette nature. V. *Le Monde*, 13 février 1964 (soupçons de spéculation illicite en bourse sur les actions de la compagnie des machines Bull).

(399) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 533.

(400) Trébutien, ouv. cité, 1re éd., p. 8.

(401) Reverchon, ét. citée, *Le Droit*, 8, 9, 10 février 1869 ; — Oudinot, thèse citée.

(402) G. Levasseur, La Cour de sûreté de l'Etat, lois du 15 janvier 1963, *G.P.*, 1963, 1, doctrine, p. 26 ; — R. Vouin, La Cour de sûreté de l'État (lois du 15 janvier 1963), *J.C.P.*, 1963, I, 1764 ; — A Vitu, Une nouvelle juridiction d'exception : La Cour de sûreté de l'État, *R.S.C.*, 1964, 1.

du ministère public (403), il est certain qu'il n'y a pas là une tendance à encourager. Le gouvernement qui est, en matière politique la première victime, manque évidemment de la sérénité nécessaire à la justice. Il serait donc extrêmement dangereux de lui confier la direction de la poursuite dans des cas où l'intérêt général qui réside dans la juste répression des infractions, est le plus opposé à l'intérêt gouvernemental qui est dans la punition à tout prix. Si l'on peut admettre le gouvernement à faire valoir son point de vue, c'est seulement à la condition qu'un magistrat puisse aussi faire entendre celui de la loi. Mais la solution doit être exactement la même pour la poursuite des infraction de droit commun et la conduite des actions civiles qui intéressent la politique générale du gouvernement et dont on ne peut l'exclure.

N° 196. — Si nul autre que le ministère public n'est compétent pour apprécier la légalité de la poursuite, il n'en est pas de même de son opportunité (404). A ce point de vue, l'opinion du gouvernement sera même extrêmement utile au ministère public. La gravité objective d'une infraction est, en effet, nécessairement différente selon qu'on l'envisage en elle-même ou par rapport à la situation générale. Mais le ministère public ne peut connaître cette situation générale sans qu'on lui en fournisse les éléments. On doit donc admettre logiquement que le gouvernement peut, par voie de circulaires du Garde des sceaux, porter à la connaissance du ministère public, toutes les considérations d'utilité générale nécessaires.

N° 197. — L'influence du gouvernement sur le cours de la justice est d'ailleurs également légitimée en ce qu'elle réalise un exact équilibre des trois pouvoirs, qui doivent être séparés mais non isolés les uns des autres. Alors que, par le Censeil d'Etat et les ministres, le pouvoir exécutif est en contact avec le pouvoir législatif, il doit aussi pouvoir faire entendre sa voix devant le pouvoir judiciaire.

3° *Le ministère public, la loi et le gouvernement.*

N° 198. — Le ministère public, autrefois agent du pouvoir royal auprès des tribunaux, doit donc être aujourd'hui le représentant de la société auprès des tribunaux. Mais s'il possède cette seule qualité et non pas deux ou plusieurs, comme le prétendait la doctrine, sa situation à l'égard du pouvoir exécutif n'en est pas moins complexe car, représentant de la société auprès des tribunaux, le ministère public est, la plupart du temps, le défenseur de deux intérêts distincts : celui de la loi et celui du gouvernement.

(403) V. la plupart des circulaires citées ci-dessus, note 264, p. 170, et en particulier, 22 mars 1875, *Bulletin officiel du ministère de la justice*, p. 8 ; 9 novembre 1881, p. 152 ; 13 mars 1883, p. 30.

(404) Sur la question de l'opportunité de la poursuite, v. ci-dessous, n°s 289 et s.

La plupart du temps, seulement, et non pas toujours, car il arrive que, dans l'action du ministère public, un seul du double intérêt auquel il est chargé de veiller soit en jeu. Il peut être ainsi, uniquement le représentant du gouvernement et c'est le cas lorsqu'en matière civile il joue le rôle de mandataire de certaines administrations (405). Dans cette hypothèse, il doit être, évidemment, totalement dépendant, sauf peut-être à lui réserver un droit à la liberté de parole, solution conforme, en l'espèce, à la tradition historique et à laquelle invitent, en outre, les textes relatifs au conflit d'attribution (406). Le ministère public peut, à l'inverse, être seulement le représentant de la loi, et c'est le cas pour le ministère public près la Cour de cassation qui ne connaît que de l'aspect légal des affaires qui lui sont soumises, et pour le ministère public partie jointe en matière civile, et qui n'a pour rôle que de guider le juge dans l'interprétation de la loi. Dans ces hypothèses, bien sûr, le ministère public doit être totalement indépendant du pouvoir central. Mais, le plus souvent, les deux intérêts dont le ministère public est chargé coexistent et cela permet de poser, mais aussi de résoudre, le problème de la situation du ministère public à l'égard de la magistrature comme du gouvernement.

N° 199. — Représentants de la nation chargés d'assurer le respect de la loi, il est normal que les officiers du ministère public se recrutent de la même façon que les magistrats et ce qu'on n'aurait pas compris de la part d'un agent du pouvoir exécutif devient parfaitement légitime dans la mesure où l'application de la loi constitue, entre les officiers du parquet et les magistrats du siège, un dénominateur commun d'une importance capitale. Représentants de la société chargés de veiller à l'intérêt du gouvernement, les officiers du ministère public doivent en recevoir des ordres et sont, en principe, tenus de les exécuter. Représentants de la société chargés de veiller à la fois au respect de la loi et à l'intérêt du gouvernement, les officiers du ministère public doivent recouvrer une complète liberté d'action lorsque ces deux intérêts ne coïncident pas, pour se décider librement dans le sens qu'ils estiment le plus conforme à l'intérêt général qu'ils représentent, et il faut leur reconnaître un pouvoir propre d'agir au sens le plus large du terme.

N° 200. — Cela impose, en conséquence, le choix définitif du moyen de mettre en œuvre la souveraineté populaire en ce qui concerne les attributions du ministère public. Dans la mesure où le système de la subdélégation du gouvernement donnerait à celui-ci un pouvoir de décision en contradiction avec le pouvoir propre qui doit être reconnu aux chefs de parquet, il reste seulement la possibilité de la délégation directe de la loi. Les officiers du ministère public représentants de la société auprès des tribunaux doivent donc être des magistrats bénéficiant, dans l'exercice de leurs fonctions, d'une délégation directe de la loi, tandis que le gouvernement chargé d'exécuter cette loi de forme pourvoit à leur

(405) Goyet, ouv. cité, p. 26.
(406) V. ci-dessus, n° 170.

recrutement et à leur discipline. Le gouvernement peut, aussi, chercher à exercer une influence sur l'action judiciaire du ministère public, mais il est bien entendu qu'en cas de désaccord entre un chef de parquet et le gouvernement, c'est l'opinion du premier qui prévaudra. Sur le plan pratique, il est peut-être permis de penser que cette conception du ministère public sacrifie abusivement les intérêts gouvernementaux, mais s'il est possible de permettre au gouvernement de mieux défendre ses intérêts en justice, cette défense ne peut pas être assurée par le ministère public qui, en vertu des principes consacrés par le droit révolutionnaire, doit toujours être libre de se décider à sa guise (407).

Si le « donné », en ce qui concerne les rapports des officiers du ministère public avec le pouvoir central, est le résultat de considérations politiques et juridiques fondamentales, le « donné » des rapports des officiers du ministère public entre eux est celui de considérations de bon sens et tient à l'importance de cette magistrature.

§ 2. — LES RAPPORTS DES OFFICIERS DU MINISTERE PUBLIC ENTRE EUX

N° 201. — Au sein d'un même parquet, tout d'abord, les décisions que doit prendre le ministère public sont trop graves pour être laissées à l'initiative de n'importe quel officier. Si le ministère public décide de ne pas agir, il y a là une décision trop délicate, par le choix qu'elle suppose entre les différents intérêts en présence, pour qu'elle ne soit pas censée prise par l'officier qui occupe le rang le plus élevé dans la hiérarchie judiciaire. Si le ministère public décide d'agir et si l'unité du parquet n'était pas réalisée, les réquisitions risqueraient d'avoir plus ou moins d'influence, selon qu'elles seraient prises par tel ou tel officier et que la juridiction de jugement pourrait discerner certaines hésitations au sein du parquet. Dans cette seconde hypothèse, il est nécessaire à l'efficacité de l'action du parquet que les réquisitions soient toutes censées émaner d'un chef de parquet admis à toujours faire prévaloir son point de vue.

N° 202. — Mais il n'est pas inutile, non plus, que le procureur de la République, qui est le plus souvent à l'origine de l'action du ministère public, soit guidé dans cette action. Les décisions que l'on a qualifiées de trop graves pour être laissées à l'initiative de ses substituts restent très graves en ce qui le concerne et il est opportun de le soumettre à une certaine surveillance. Cette surveillance, pour être utile doit naturellement s'exercer sur ce qui est souverain dans les décisions du ministère public : sa conception de l'intérêt de la loi, liée à l'interprétation qu'il donne de celle-ci. Elle ne peut donc être exercée que par des magistrats et des magistrats du parquet, le rôle de requérant que le ministère public remplit devant la magistrature assise supposant qu'il soit indépendant de celle-ci. On est ainsi conduit à instituer, à côté de la hiérarchie politique qui unit, par l'intermédiaire du procureur général, le procureur de la République au pouvoir exécutif représenté par le Garde des sceaux, une hiérarchie scientifique qui rattache, toujours par l'intermé-

diaire du procureur général, le procureur de la République au procureur général près la Cour de cassation, autorité la plus qualifiée pour rappeler aux officiers du ministère public « les doctrines enseignées par la jurisprudence » et « les prescriptions oubliées des lois et des règlements » (408), l'unité de législation imposant d'ailleurs, logiquement, l'unité d'interprétation.

Il faut, toutefois, remarquer que l'idée même d'une direction scientifique s'oppose à ce que cette surveillance soit exercée sur le mode impératif. Si leurs supérieurs hiérarchiques peuvent donner des conseils aux chefs de parquet, qui sont d'ailleurs investis à titre personnel du droit d'agir, ils ne doivent pas pouvoir leur imposer leur point de vue, à charge, peut-être, de réserver à ces supérieurs hiérarchiques la possibilité de faire triompher leur conception, *a posteriori*, par la voie d'un droit propre d'appel, pour le procureur général, et de faculté de former un pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi, pour le procureur général près la Cour de cassation.

Nous avons désormais rassemblé à peu près tous les éléments d'une organisation rationnelle du ministère public, et c'est à la lumière de ce « donné » du ministère public qu'il faut analyser la législation napoléonienne, d'abord, les textes récents, ensuite.

Section II. — LE MINISTERE PUBLIC EN DROIT POSITIF

N° 203. — Il est indiscutable que de nombreux éléments de l'organisation rationnelle du ministère public ont été effectivement consacrés par le législateur napoléonien. Outre l'appartenance du ministère public à la magistrature et l'unification du ministère public en matière civile et en matière répressive, le Code d'instruction criminelle et les lois d'organisations judiciaire de 1810 prévoient la direction scientifique du procureur général près la Cour de cassation, limitée, il est vrai, à l'action répressive du ministère public (409), et, avec des termes un peu équivoques, la concentration des pouvoirs au sein d'un même parquet (410). Tout cela paraîtrait presque logique, si les bases mêmes du raisonnement suivi par les rédacteurs du Code d'instruction criminelle n'étaient erronées. La doctrine n'ayant pas, durant l'application du Code d'instruction criminelle, dénoncé les erreurs commises, les textes nouveaux ne sont pas plus satisfaisants.

§ 1. — LES TEXTES DE 1810

N° 204. — Dès que la question du ministère public est abordée au cours des travaux préparatoires des codes répressifs, les rédacteurs du

(407) Sur ce problème pratique, V. ci-dessous, n°s 335 et s.
(408) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 532, qui est aussi à l'origine de cette expression de « direction scientifique ».
(409) V. ci-dessus, n° 95.
(410) V. ci-dessus, n°s 83 et s.

projet de Code criminel, toujours persuadés que la poursuite des infractions est l'affaire du gouvernement (411), considèrent que le principe même de la soumission des officiers du ministère public au pouvoir central est évident, et ils le consacrent sans l'examiner au fond (412). Cette erreur de base se manifeste très nettement dans le rôle que le Code d'instruction criminelle accorde au Garde des sceaux.

N° 205. — A lire le Code d'instruction criminelle, le rôle du Ministre de la Justice, au cours de l'action répressive, apparaît comme très divers et certaines de ses attributions semblent très normales : ce sont toutes celles qui mettent en jeu des considérations de fait ou des considérations politiques (413). Il n'est pas critiquable, par exemple, que le Garde des sceaux soit à l'origine du pourvoi en révision qui tend à réparer l'erreur de fait commise par une juridiction répressive et qui constitue un trouble pour l'ordre social. Il est évident encore, que c'est le Garde des sceaux qui doit régler les détails de la comparution en justice des ministres comme témoins dans les affaires en cours. Il est également logique que le Garde des sceaux instruise les demandes de renvoi d'une juridiction à une autre pour cause de sûreté publique « qui intéressent le gouvernement de l'Etat » (414) et l'ordre public matériel auquel le gouvernement doit veiller.

N° 206. — Mais d'autres dispositions relatives à l'action du Ministre de la Justice sont manifestement erronées : ce sont celles qui font de lui le gardien suprême de la loi pénale ou encore, le traitent comme un officier du ministère public ordinaire.

Le premier point se révèle surtout dans l'examen des rapports du Ministre de la Justice et du procureur général près la Cour de cassation, tels qu'ils sont définis par le Code d'instruction criminelle. Nous savons, tout d'abord que le procureur général près la Cour de cassation est subordonné au Ministre de la Justice, ce qui est un non-sens, puisque le ministère public près la Cour de cassation doit être uniquement l'organe de la loi et que l'intervention du gouvernement dans l'exercice de l'action en justice, ne se justifie que par des motifs politiques qui ne peuvent plus entrer en jeu à ce stade de la procédure. Nous savons, en second lieu, que c'est au Ministre de la Justice que le Code d'instruction criminelle attribue l'initiative du pourvoi en cassation dans l'intérêt dé la loi, alors qu'il est juridiquement incompétent pour déterminer ce qu'est l'intérêt de la loi, et que cette initiative aurait dû, à l'évidence, être confiée au procureur général près la Cour de cassation agissant de sa propre autorité.

Le Garde des sceaux est parfois, encore, confondu avec les officiers du ministère public de droit commun, soit lorsqu'il est autorisé à prendre lui-même l'initiative de la poursuite (art. 486 C.I.C.), soit encore quand

(411) Berlier, dans Locre, ouv. cité, t. 24, p. 560 et 25, p. 356 : « En toute espèce d'organisation sociale, c'est le gouvernement qui peut et doit poursuivre les délits ».
(412) Locre, ouv. cité, t. 24, p. 148.
(413) V. ci-dessus, n°s 119 et s.
(414) Napoléon à la séance du 24 vendémiaire an XIII. V. ci-dessus, n° 163.

les textes le mettent sur le même plan que les procureurs généraux des cours (art. 274 C.I.C.), alors que, si l'un et l'autre peuvent donner des ordres aux procureurs de la République, le fondement de ce droit est différent pour le premier, qui ne le peut que pour des raisons d'ordre politique, et pour le second, que doivent seules décider les raisons de droit.

N° 207. — Le Code d'instruction criminelle a donc fait du Ministre de la Justice, d'ailleurs appelé « Grand Juge » à l'époque, un quasi-officier du ministère public, et cette erreur s'explique facilement dans la mesure où l'on ne la trouve que dans les textes relatifs à la justice répressive (415). Le raisonnement des rédacteurs du Code d'instruction criminelle est séduisant : la répression des infractions est l'affaire du gouvernement, mais la poursuite des infractions est aussi devenue une affaire légale ; qu'à cela ne tienne, le gouvernement, par l'intermédiaire du Garde des sceaux, veillera à l'exacte application de la loi pénale. Il est, cependant, totalement faux. Il part d'une inexactitude en ce qui concerne le titulaire du droit de poursuivre, et se termine par une erreur sur les principes du droit public relatifs à l'organisation des trois pouvoirs en passant par une incompréhension du fondement du principe de la légalité des délits et des peines qui a précisément pour but de soustraire la poursuite répressive à l'influence directe du gouvernement.

N° 208. — Mais d'un autre côté, et sous la pression des principes proclamés par le droit révolutionnaire et qu'il n'était pas question de remettre en cause, les textes napoléoniens investissent directement les chefs du parquet du droit d'agir, ce qui est conforme au principe de la souveraineté populaire et postule le pouvoir propre. Les rédacteurs du Code d'instruction criminelle ne virent pas, cependant, ce que les deux principes placés par eux à la base de l'institutions du ministère public avaient de contradictoire et le système instauré est donc bancal. La subordination hiérarchique des officiers du ministère public est incomplète faute d'un pouvoir de substitution ou de réformation accordé aux supérieurs hiérarchiques du procureur de la République. Les chefs de parquet ne bénéficient pas, d'un autre côté, et au moins dans l'expression formelle, du pouvoir propre absolu qui aurait dû leur être reconnu, puisqu'on ne prévoit pas seulement que le gouvernement peut leur donner des « avis », mais bien qu'il peut leur donner des ordres dont on s'efforce d'assurer l'exécution par le biais d'une soumission statutaire totale des officiers du ministère public.

Par une interprétation éclairée à laquelle la rédaction suffisamment souple des textes pouvait se prêter, la doctrine aurait pu assez

(415) En matière civile, en effet, le pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi a toujours laissé à la libre décision du procureur général près la Cour de cassation (loi du 27 ventôse an VIII, aujourd'hui remplacée par l'article 51 de la loi du 23 juillet 1947) alors que l'initiative de l'action en annulation pour excès de pouvoir était attribuée au Garde des sceaux (mêmes textes). Cette répartition des compétences qui attribue au procureur général près la Cour de cassation la défense de la loi et au Ministre de la Justice la défense de la séparation des pouvoirs paraît en parfait accord avec les principes.

facilement réduire, à la fois la contradiction introduite dans les rapports du ministère public et du pouvoir central, et les incertitudes qui régnaient dans les rapports des officiers du ministère public entre eux. Mais les premiers commentateurs des textes napoléoniens commettent les mêmes erreurs que leurs rédacteurs, quant à la doctrine classique elle n'a jamais repensé le problème.

§ 2. — L'INTERPRETATION ET L'APPLICATION DES TEXTES

N° 209. — Si la doctrine était partie normalement de l'étude du donné du ministère public dans la nouvelle organisation judiciaire instaurée par la révolution, elle aurait dû œuvrer dans le sens de la suppression ou de la précision de ce qui, dans les textes napoléoniens, pouvait être critiquable. Il y aurait eu, d'ailleurs, peu de choses à faire : donner une définition satisfaisante du pouvoir propre des chefs de parquet, instauré par la loi mais non défini par elle ; rétablir (en matière répressive) ou établir (en matière civile) une véritable hiérarchie scientifique des officiers du ministère public sous la direction du procureur général près la Cour de cassation, habilité à guider les officiers du ministère public dans l'exacte interprétation de la loi et à poursuivre celle-ci, soit durant l'examen des pourvois des parties, soit directement par le pourvoi dans l'intérêt de la loi laissé à sa seule initiative. Corrélativement, il aurait fallu supprimer tout ce qui paraît donner au Garde des sceaux un droit de contrôle sur la façon dont est appliquée la loi pénale, en lui maintenant, sur la poursuite répressive comme sur l'action civile, une influence justifiée par des raisons politiques. Il aurait fallu rédiger, enfin, avec moins d'équivoque, les textes relatifs au personnel du parquet, de façon à ce que leur totale dépendance à l'égard de leur chef ne soit plus contestable.

Mais la doctrine n'a pas procédé dans l'ordre logique des choses. Professant la même incompréhension que les rédacteurs du Code d'instruction criminelle et des lois de 1810 à l'égard de la tradition historique et des principes nouveaux, elle a perpétué leurs erreurs et en a aggravé les conséquences en ajoutant aux textes. Son influence, qui devait être déterminante, s'est donc exercée à contre-courant.

Pour la doctrine classique comme pour les textes napoléoniens, les officiers du ministère public sont les « agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux » qui en reçoivent des ordres et les exécutent. Elle ne songe donc, ni à critiquer les rôles respectivement accordés au procureur général près la Cour de cassation et au Garde des sceaux, ni à définir le pouvoir propre des chefs de parquet comme ce qu'il est en réalité : un pouvoir absolu de se soustraire aux ordres reçus des supérieurs hiérarchiques.

N° 210. — Nous savons que bien loin de défendre le droit de surveillance scientifique du procureur général, elle a largement contribué à la désuétude de ce pouvoir (416), et ce qui est grave, c'est que ce

(416) V. ci-dessus, n° 95.

point de vue s'inscrit dans une tendance générale d'une partie de la doctrine à sous-estimer ou au moins à perdre de vue le rôle du ministère public au service de la loi. C'est, en effet, dans cette même ligne, que se situent les auteurs qui ont violemment critiqué l'intervention du ministère public, partie jointe en matière civile, demandant pour l'avenir la suppression de cette tâche qu'ils jugent inutile et contribuant, en l'état actuel des choses, à lui retirer toute importance pratique (417).

N° 211. — L'incompréhension de la doctrine est la même en ce qui concerne le rôle du Garde des sceaux qu'elle n'a jamais correctement analysé. Si elle a quelquefois affirmé que celui-ci est « étranger à l'exercice de l'action publique » (418), c'est dans le simple but de l'empêcher d'interdire la poursuite, ce qui ne tient pas à sa conception du ministère public, mais à sa conception de la poursuite répressive. Pour le reste, elle n'est pas choquée par le fait que, dans le Code d'instruction criminelle, « le Garde des sceaux, indépendamment de ce qu'il fait partie du gouvernement, a des attributions judiciaires qui lui sont propres » (419). De son point de vue, elle trouve même cela assez logique : de même que le ministère public possédait, selon elle, une double qualité de fonctionnaire et de magistrat, le Garde des sceaux peut bien être, à la fois, le chef suprême du ministère public et un membre du gouvernement. Dans la mesure où le ministère public participe à une fonction du pouvoir exécutif, il est normal que le représentant du pouvoir exécutif puisse, à l'inverse, participer à la fonction judiciaire du ministère public : « (le) pouvoir d'ordonner des poursuites... doit être compris comme appelant le Ministre à l'exercice d'une certaine fonction judiciaire alors que la subordination hiérarchique dans laquelle il est maintenu impose au magistrat du parquet un certain caractère d'agent de l'exécutif » (420).

Ce raisonnement n'en reste pas moins doublement erroné : dans son point de départ analogique, d'abord, car nous savons que le ministère public, lorsqu'il poursuit, n'exerce pas une fonction gouvernementale ; dans sa conclusion, ensuite, car l'appartenance du Ministre de la Justice au gouvernement est le seul fondement possible de son influence sur le cours de la justice, et les attributions qui sont effectivement conférées au Garde des sceaux par le Code d'instruction criminelle sont injustifiables dans la mesure où elles ne sont pas la conséquence inéluctable de cette appartenance (421). Le fondement exact de l'action du Ministre de la Justice a donc été à peu près complètement perdu de vue dès les

(417) V. sur cette question, H. Solus et R. Perrot, ouv. cité, t. 1, n° 870.
(418) V. ci-dessus, n° 118.
(419) Robinet de Cléry, ét. citée, *Rev. Crit.*, 1876, 424.
(420) R. Vouin, ét. citée, *J.T.*, 1953, 81.
(421) On ne saurait voir une application de la dualité reconnue par la doctrine dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, à propos de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes du Ministre de la Justice distingue ceux qui sont accomplis par le Ministre dans « l'exercice de ses attributions judiciaires » et qui ne sont pas susceptibles de recours, de ceux qui sont accomplis par lui dans « l'exercice de ses attributions administratives » et contre lesquels le recours est recevable (C.E. 4 août 1913, *Rec. des arrêts du C.E.*, p. 987 ; 10 février 1922, *G.P.*, 1922, 1, 386 ; 8 décembre 1926, *S.*, 1927, 3, 17 ; 28 novembre 1930, *S.*, 1931, 3, 22 ; 14 février 1936, *Rec.*,

premiers commentaires du Code d'instruction criminelle qui, non seulement ne critiquent pas le rôle attribué par le code au Garde des sceaux, mais encore y voient une application du principe général selon lequel le Ministre de la Justice a un droit de regard sur l'exacte application de la loi, droit dont ne manquèrent pas de se prévaloir les Gardes des sceaux (422).

N° 212. — Mais la doctrine encourt surtout la critique par le peu d'importance qu'elle accorde au pouvoir propre des chefs de parquet. Loin de suppléer aux textes en donnant une définition correcte de ce pouvoir propre, elle manifeste son incompréhension foncière en ressuscitant l'adage « si la plume est serve, la parole est libre », inconnu des textes et semble-t-il implicitement condamné par eux (423), pour en faire une application générale qu'il n'avait jamais connue dans l'ancien droit. L'intention de la doctrine était sans doute louable. Puisqu'elle était convaincue que les officiers du ministère public étaient entièrement subordonnés au pouvoir central, elle entendait leur donner un plus grande indépendance en leur faisant reconnaître la liberté de parole. Cette intention se révèle néanmoins particulièrement maladroite. Dans l'ordre hiérarchique, la liberté de parole allait de soi sans qu'il fût besoin de la mentionner, puisqu'on pouvait y voir une application du pouvoir propre des chefs de parquet. Affirmer, au contraire, que « la plume est serve », c'est contredire ce pouvoir propre, les deux règles étant nécessairement incompatibles. Au sein d'un même parquet, d'autre part, où la servitude de la plume était imposée par le principe de la dépendance hiérarchique, la liberté de parole ne paraît répondre à aucun impératif logique, et elle nuit même, au contraire, à la nécessaire cohésion du parquet. Sur ce dernier point qui demandait, au vu des textes du Code d'instruction criminelle, à être précisé dans le sens d'une concentration plus grande des pouvoirs, la doctrine va, une fois encore, à contresens.

---

p. 203 ; 19 janvier 1938, *Rec.*, p. 52 ; 30 novembre 1938, *S.*, 1939, 3, 21 ; 7 mars 1947, *J.C.P.*, 1947, IV, 161).

« Les deux attributions différentes du Ministre de la Justice dont l'une est judiciaire et l'autre administrative et qui déterminent les compétences » sont en réalité celles de « préposé au fonctionnement de l'organisation judiciaire ou préposé à la gestion du personnel judiciaire » (Hauriou, note sous C.E. 8 décembre 1926, *S.*, 1927, 3, 17). Autant dire qu'elles se rattachent toutes les deux au rôle du Ministre, en tant qu'il est chargé de l'organisation et du fonctionnement matériel du service public de la justice, et non pas au point qui nous occupe, de l'influence du Ministre sur le fond des affaires.

(422) Lettre du Ministre de la Justice au président de la Cour d'appel de Colmar, citée dans le réquisitoire du procureur général pour Cass. Crim. 12 juillet 1861, *D.*, 1861, 1, 289 : « Rassurez-vous, Monsieur, sur les suites de l'affaire à laquelle vous prêtez une si étrange gravité. Elle aura la solution que d'après les lois elle doit avoir, mais c'est à moi d'y veiller et je n'ai nul besoin que la Cour me trace une ligne de conduite ».

Circulaire précitée du 24 novembre 1930, *J.O.* 26 novembre 1930 : « Que le Ministre de la Justice soit consulté sur les questions de droit, sur l'application des lois nouvelles, sur des mesures d'administration générale et tenu exactement au courant des faits importants qui se produisent dans un ressort, quoi de plus normal et de plus nécessaire... ».

(423) V. ci-dessus, n^{os} 163 et s.

Les textes napoléoniens s'appuyaient, certes, sur une conception erronée des rapports des officiers du ministère public et du pouvoir exécutif, ils étaient néanmoins rédigés d'une façon suffisamment souple pour permettre à une interprétation clairvoyante de faire reconnaître au ministère public sa véritable nature de magistrat indépendant seulement invité à tenir compte du point de vue du gouvernement. La doctrine n'a pas fait preuve de cette clairvoyance, elle ne dénonce pas les erreurs commises et elle en consolide les résultats. Dans ses écrits, le ministère public se présente seulement comme un fonctionnaire qui bénéficie, pour des raisons assez mal définies, d'une certaine liberté. C'est pourtant cette conception traditionnelle du ministère public que reprennent les textes nouveaux.

§ 3. — LES TEXTES DE 1958

N° 213. — Le Code de procédure pénale et les textes de 1958, se caractérisent essentiellement, en ce qui concerne le ministère public, par leur conservatisme. Le ministère public qu'ils consacrent est le ministère public tel qu'il résultait de la conception de la doctrine dominante. Si l'on peut toutefois relever une différence entre cette doctrine et les textes récents, c'est une différence d'esprit, de degré et non de nature. Le ministère public n'est plus véritablement considéré comme un « haut fonctionnaire du pouvoir exécutif à la disposition et à la merci du gouvernement dont il est le fidèle serviteur » (424). Si les officiers du ministère public bénéficient encore de certains droits d'initiative personnelle, qui ne sont pas considérés comme étant de l'essence de l'institution, et qui pourraient fort bien être supprimés, c'est pour de simples raisons d'habitude. Les textes de 1958 laissent ainsi penser qu'ils ne sont qu'une étape, et les officiers du ministère public pourraient bien, dans un avenir assez proche, devenir de purs et simples fonctionnaires rattachés, pourquoi pas, au ministère de l'intérieur (425).

Cette conception d'un ministère public fonctionnaire ne pouvait pas être sans influence sur l'idée que les nouveaux textes se font de la fonction de ces officiers.

(424) G. Stefani, L'acte d'instruction, dans *Problèmes contemporains de procédure pénale*, 1964, p. 135.

(425) V. sur l'ingérence de plus en plus grande et de plus en plus directe du ministère de l'intérieur dans la poursuite répressive, même après l'ouverture d'une information, *Le Monde*, 24 septembre 1964, à propos de l'enlèvement de trois enfants.

DEUXIÈME PARTIE

LA FONCTION

INTRODUCTION

POSITION DES PROBLEMES

N° 214. — Il est évident que la nature de la fonction doit être en rapport étroit avec le caractère de l'institution. Considéré comme un magistrat chargé, avant tout, de pourvoir à la défense de la loi, le ministère public doit avoir une fonction essentiellement sereine. Bien que partie au procès, son caractère premier le rapproche des juges de jugement avec lesquels il participe à l'élaboration de la décision finale ; sa fonction est davantage une fonction de délibération que d'action. Considéré, à l'inverse, comme un agent du pouvoir exécutif, il est normal que l'officier du ministère public soit avant tout « un homme d'initiative, un fonctionnaire d'autorité » (426), et sa tâche n'est pas de délibérer, mais d'agir.

Etant donné la position prise par le Code de procédure pénale en ce qui concerne l'institution du ministère public, position qui tend à faire de lui purement et simplement un fonctionnaire, il est normal que le nouveau code tranche dans le sens de l'action les problèmes qui se posaient à propos de la fonction judiciaire du ministère public.

N° 215. — Nous avons dit, en effet, qu'en dehors des tâches administratives de plus en plus nombreuses dont est chargé le ministère public, son rôle judiciaire a subi au cours des cent cinquante années d'application du Code d'instruction criminelle, un double détournement, vers la fonction d'instruction, d'une part, en s'arrogeant le droit de procéder ou de faire procéder à des enquêtes de police, vers la fonction de jugement, d'autre part, en appréciant l'opportunité de la répression pénale, ce qui revient à « juger » qu'un individu ne doit pas être poursuivi (427).

Il est certain que les deux questions sont liées, au moins historiquement, puisque leur apparition dans la pratique remonte, dans les deux cas, à la fin du XIX^e^ siècle, et qu'elles n'ont pas été sans exercer une influence l'une sur l'autre, encore qu'il soit très difficile de déterminer quelle est celle des deux influences qui a été la plus forte. On a l'habitude d'affirmer, à ce propos, que le développement des enquêtes de police est dû essentiellement à l'habitude qu'avaient prise les officiers du ministère public d'apprécier l'opportunité de la répression

(426) Donnedieu de Vabres, La réforme de l'instruction préparatoire, conférence faite au mouvement national judiciaire le 20 mai 1949, *R.S.C.*, 1949, 499, eu suivie d'une discussion, *R.S.C.*, 1950, 98.

(427) V. ci-dessus, n° 50.

alors que cette appréciation nécessite des éléments d'information sérieux (428). Mais on pourrait tout aussi bien soutenir que les officiers du ministère public se sont faits juges de l'opportunité de la répression parce que des dossiers de police devenus plus complets leur en fournissaient la possibilité, et la solution de l'influence réciproque est la plus logique.

N° 216. — Mais quoi qu'il en soit de ces liens apparents, la direction par le procureur de la République d'enquêtes de police et l'appréciation par celui-ci de l'opportunité de la répression pénale, répondent à des inspirations très différentes. Dans un cas, le ministère public procède à des actes d'instruction « par nature » (429), il recherche des preuves, entend des témoins, se livre à des interrogatoires ; en un mot, il agit. Dans le second cas, il compulse des pièces, conjugue des intérêts opposés, pèse les conséquences d'une décision ; en un mot, il délibère. Le premier rôle est normalement celui d'un fonctionnaire, et le second celui d'un magistrat. Leur coexistence, sur un pied d'égalité, est donc difficilement concevable dans un même système juridique et il est probable que chacun d'eux sera plus ou moins accordé selon que le droit en vigueur considérera les officiers du ministère public uniquement comme des fonctionnaires, uniquement comme des magistrats, ou à la fois comme l'un et l'autre mais davantage l'un que l'autre.

La position du Code de procédure pénale, auquel il incombait de se prononcer sur cette double extension du rôle du ministère public, considéré plus spécialement ici en la personne de son agent de droit commun, le procureur de la République (430), apparaît alors très logique. Sur le premier point, le Code de procédure pénale se prononce sans équivoque et manifeste sa faveur, en augmentant les pouvoirs du ministère public au cours de l'enquête d'infraction flagrante (431) et en consacrant officiellement l'ancienne enquête officieuse. Sur le second point, au contraire, le Code de procédure pénale garde le plus profond silence, en sorte que, si la faculté pour le ministère public de se faire juge de

(428) J. Catherine, Les pouvoirs d'instruction du procureur de la République, thèse dactylographiée, Paris, 1956, p. 86 ; — B. Bouloc, L'acte d'instruction, 1965, n° 259.

(429) V. ci-dessous, n°s 219 et s.

(430) Seul le procureur de la République est habilité à faire procéder à des enquêtes de police et à en surveiller le déroulement. Le procureur général qui n'a jamais été officier de police judiciaire, a seulement sur ceux-ci, dans le Code de procédure pénale comme dans le Code d'instruction criminelle, un droit de surveillance essentiellement disciplinaire (art. 224 et s. C.P.P.). Quant au pouvoir d'apprécier l'opportunité de la répression, il ne peut être attribué qu'à celui des officiers du ministère public qui est compétent pour mettre l'action publique en mouvement, c'est-à-dire, dans la procédure de droit commun, au procureur de la République. Rien n'empêche cependant que les autres membres du ministère public aient les mêmes droits lorsqu'ils sont exceptionnellement habilités à prendre l'initiative de la poursuite (il en est ainsi, par exemple, pour le procureur général, dans la poursuite des infractions commises par les officiers de police judiciaire — article 228 du Code de procédure pénale — et pour le procureur général près la Cour de cassation, dans la poursuite des infractions commises par certains hauts fonctionnaires — article 681 du Code de procédure pénale —).

(431) On parle habituellement de l'enquête de flagrant délit, mais cette expression, inexacte sous le régime du Code d'instruction criminelle, serait encore insuffisante aujourd'hui et nous préférons lui substituer celle d'enquête d'infraction flagrante, V. ci-dessous, n °s 234 et s.

l'opportunité de la répression n'est pas expressément condamnée, le doute subsiste sur son existence et sur son étendue.

N° 217. — Mais, entre ces deux points extrêmes, le Code de procédure pénale avait aussi à prendre parti, en ce qui concerne la fonction du ministère public, sur le rôle le plus normal de celui-ci : la mise en mouvement de l'action publique. Les textes napoléoniens, qu'il s'agisse du Code d'instruction criminelle ou du Code de procédure civile, et quelques textes postérieurs, présentaient, en effet, assez largement, des séquelles de la règle selon laquelle « tout juge est officier du ministère public ». Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle de 1879, prévoyait, au contraire, la suppression de toutes les dérogations à la règle normale de la poursuite par le ministère public (432) ; les textes restés en vigueur après l'échec de ce projet, suscitaient, enfin, de très grandes difficultés d'interprétation (433). Le Code de procédure pénale se devait de trancher la question et sa position se révèle, une fois de plus, logique, sinon louable.

La mise en mouvement de l'action en justice procède, bien sûr, d'une action, mais elle requiert aussi un minimum de délibération impossible à réduire et qui concerne en matière répressive la légalité de la poursuite. Entre la hardiesse du code sur la question des enquêtes de police et son silence sur la faculté pour le ministère public d'apprécier l'opportunité de la répression, sa position vis-à-vis de la mise en mouvement de l'action publique se caractérise par une certaine timidité.

(432) Desjardins, Le juge d'instruction et le ministère public dans le nouveau Code d'instruction criminelle, *France judiciaire*, t. 7, 1882, 1re partie, p. 249.

(433) V. ci-dessous, n° 277.

CHAPITRE I

LES ENQUETES DE POLICE ET LA HARDIESSE DU CODE DE PROCEDURE PENALE

N° 218. — « Le juge d'instruction et le procureur de la République ont une certaine aptitude à se remplacer l'un l'autre », notait déjà M. Vouin dans son manuel de droit criminel (434). Cette affirmation est plus que jamais vérifiée dans le nouveau Code de procédure pénale, dont on peut affirmer qu'il permet au procureur de la République de se procurer tous les renseignements qu'il désire sans jamais être obligé de requérir le juge d'instruction de procéder à une instruction véritable. On prétend bien qu'il n'y a là rien de nouveau, car le procureur de la République disposait déjà, dans le Code d'instruction criminelle, de pouvoirs étendus en matière de crime flagrant, tandis que la loi du 20 mai 1863 lui avait reconnu, aussi, des pouvoirs particuliers pour la répression des délits flagrants. On ajoute, d'autre part, que l'enquête préliminaire, dite autrefois enquête « officieuse », existait depuis longtemps. Mais cette réponse n'est guère concluante.

Les pouvoirs d'enquêter en matière d'infraction flagrante se sont, tout d'abord, trouvés accrus par la consécration d'une conception extensive du domaine de cette enquête. L'enquête officieuse s'est vu, en second lieu, reconnaître valeur officielle. Pour chacune de ces deux enquêtes, enfin, le Code de procédure pénale apporte, au travers de la possibilité de garder à vue les témoins et les suspects, des pouvoirs de contrainte dont le procureur de la République ne disposait pas jusque-là. On peut dire que le procureur de la République est investi, par le Code de procédure pénale, de véritables pouvoirs d'information.

On pourrait, certes, critiquer la position que nous adoptons en assimilant les actes accomplis aux cours des enquêtes de police aux actes accomplis par le juge d'instruction au cours d'une instruction véritable, et une volumineuse étude consacrée récemment à l'« acte d'instruction », s'est précisément attachée à démontrer que cette assimilation ne doit pas être faite (435). Le problème doit cependant se poser en des termes différents selon qu'on envisage les actes de l'enquête d'infraction flagrante et ceux de l'enquête préliminaire.

---

(434) N° 396.
(435) B. Bouloc, ouv. cité.

N° 219. — Sur le premier point, nul ne doutait, avant le Code de procédure pénale, que le procureur de la République bénéficiait, en cas de découverte d'un crime flagrant, de véritables pouvoirs d'instruction, puisque les travaux préparatoires du Code d'instruction criminelle démontraient clairement que ces pouvoirs avaient été conçus comme une exception au principe de la séparation de la poursuite de l'instruction que le code entendait consacrer (436). Il n'y a aucune raison sérieuse pour que la même solution ne soit pas maintenue alors que le Code de procédure pénale a encore rapproché la situation du procureur de la République de celle du juge d'instruction.

Ce n'est cependant pas l'avis de M. Bouloc qui, considérant que l'enquête d'infraction flagrante est désormais, non plus une exception aux règles de l'instruction préparatoire, mais une dérogation à celles de l'enquête préliminaire, estime que les actes accomplis au cours des deux enquêtes doivent avoir la même nature juridique. Or, il se fait fort de démontrer que les actes d'enquête préliminaire ne sont pas des actes d'instruction. Le raisonnement est spécieux. Si les textes du Code de procédure pénale ont accru les pouvoirs attribués au procureur de la République au cours de l'enquête d'infraction flagrante, il n'y a entre le Code d'instruction criminelle et le Code de procédure pénale qu'une différence de degré et non une différence de nature. Des interprètes sérieux du Code de procédure pénale continuent d'ailleurs à admettre que le procureur de la République se livre, en la matière, à de véritables actes d'instruction (437). De plus, le point de départ du raisonnement de M. Bouloc est contestable, car il n'est point du tout établi que les actes accomplis au cours de l'enquête préliminaire, ne sont pas, eux aussi, des actes d'instruction véritables.

N° 220. — Pour affirmer que les actes d'enquête préliminaire ne peuvent être des actes d'instruction, M. Bouloc se borne à relever qu'ils sont dirigés par le procureur de la République, mais c'est répondre à la question par la question, et qu'ils ne sont soumis à aucune formalité, ce qui est inexact et ne serait d'ailleurs pas déterminant (438) ; pour leur attribuer la qualification d'actes de poursuites, M. Bouloc puise des éléments de solution dans la jurisprudence rendue avant le Code de procédure pénale sur la nature juridique des actes de l'enquête officieuse, mais il ne semble pas qu'il ait saisi le sens véritable des arrêts qu'il rapporte.

La synthèse que donne M. Bouloc, d'une abondante jurisprudence, peut se résumer en deux points : la jurisprudence attribue expressément aux actes d'enquête officieuse le caractère d'actes de poursuite ; elle leur dénie celui d'actes d'instruction. Or, la première affirmation est fausse, et, si la seconde est exacte, elle est mal interprétée.

---

(436) Locre, ouv. cité, t. 24, p. 552 et t. 25, p. 130 et s.

(437) G. Stefani et G. Levasseur, ouv. cité, t. 2, n° 259 : « Obliger des témoins à déposer, procéder à des perquisitions et des saisies contre le gré des intéressés, désigner des experts, interroger les personnes soupçonnées, etc... sont bien des actes d'instruction caractérisés ».

P. Bouzat et J. Pinatel, Traité de droit pénal et de criminologie, 1963, t. 2, n° 1296 : « Malgré la dénomination d'actes de police judiciaire que leur donne (le code), ce sont des actes d'instruction par leur objet ».

(438) Ouv. cité, n°s 320 et s.

N° 221. — Parmi les arrêts qui ont eu à qualifier les actes d'enquête officieuse, deux groupes d'importance à peu près égale peuvent être distingués. Dans une première série d'arrêts, ces actes sont considérés, sans précision aucune, comme des « actes de poursuite et d'instruction » (439). Dans le second groupe, la Chambre criminelle attribue purement et simplement à ces mêmes actes le qualificatif d'« actes d'instruction » (440). Une chose est sûre, en tous cas, c'est qu'aucune décision n'a jamais déclaré qu'ils étaient uniquement des actes de poursuite (441). Mais cela ne suffit peut-être pas à fonder notre point de vue.

La jurisprudence n'a guère eu à se prononcer sur la qualification à donner aux actes d'enquête officieuse qu'à propos du problème de savoir si ces actes interrompaient ou non la prescription de l'action publique. Or, cela suffit à rendre ces décisions suspectes. Nous savons, en effet, que la jurisprudence est très sensible aux critiques adressées à l'institution de la prescription, et que, dans le but de faire échec à son accomplissement, elle interprète dans un sens extensif toutes les dispositions qui permettent d'en allonger le délai : en particulier, les textes régissant les causes d'interruption. Ce qui importait donc, en l'espèce, à la jurisprudence, c'était de faire entrer les actes d'enquête dans le cercle des « actes d'instruction et de poursuite » interruptifs de la prescription, au sens des articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle (devenus sans modifications les articles 6 et 7 du Code de procédure pénale). Il est donc possible que la jurisprudence ait créé, à côté de l'acte d'instruction proprement dit, un « acte d'instruction, interruptif de la prescription » à la définition beaucoup plus large, comme nous l'avons déjà vue étendre, dans le même but, la notion d'acte de poursuite (442). Nous négligerons donc cette jurisprudence, de valeur juridique incertaine, et nous ne tiendrons pas compte de formules qui, dégagées de leur contexte, semblent trancher définitivement le problème dans notre sens (443).

---

(439) Cass. Crim. 25 juillet 1890, *D.*, 1890, 1, 449 ; — 24 février 1938, *B.*, 55 ; — 4 décembre 1952, *B.*, 294 ; — 26 novembre 1958, *B.*, 696 ; — 26 février 1959, *B.*, 140 ; — 10 avril 1959, *B.*, 206 ; — Trib. Correct. Châteauroux, 28 février 1951, *J.C.P.*, 1952, II, 6680, note J.-P. B.

(440) Cass. Crim. 21 décembre 1929, *B.*, 289 ; — 1er septembre 1930, *B.*, 222 ; — 15 avril 1937, *S.*, 1938, 1, 233, note L. Hugueney ; — 11 février 1938, *S.*, 1936, 1, 235, note L. Hugueney ; — 2 juin 1943, *B.*, 47 ; — 13 octobre 1954, *B.*, 292 ; — 26 janvier 1955, *B.*, n° 64 ; — 25 juin 1958, *B.*, 493. Toutes décisions citées par M. Bouloc qui affirme, cependant, que la jurisprudence ne s'est jamais prononcée expressément pour l'assimilation.

(441) Tout au plus pourrait-on tirer un argument « *a contrario* » de Cass. Crim. 31 mars 1960, *J.C.P.*, 1960, II, 11636, note J. Larguier, mais on sait quelle est l'incertitude de semblables interprétations.

M. Bouloc cite néanmoins comme décisif, à son sens, Cass. Crim. 7 mars 1961, *B.*, 142 : « Attendu que ces actes nécessaires à la poursuite et établis à la requête de l'autorité compétente revêtent le caractère d'actes d'instruction et de poursuite au sens des articles 6 et 7 du Code de procédure pénale ».

Mais c'est un non-sens que de dire qu'un acte « nécessaire à la poursuite » est un acte de poursuite, car il est évident qu'un acte « nécessaire à la poursuite » est un acte sans lequel la poursuite ne peut être engagée, ce qui postule qu'elle ne l'est pas encore.

(442) V. ci-dessus, n° 114.

(443) Trib. Correct. Châteauroux, 28 février 1951, *J.C.P.*, 1952, II, 6680 : « Par actes d'instruction on doit entendre tout élément de procédure qui puisse être de nature à rassembler les preuves d'une infraction... il en est ainsi de tout procès-verbal d'enquête officieuse d'office ou à la requête du parquet, dans lequel se trouvent des constatations d'ordre matériel ou l'audition de toute personne portant sur des faits en rapport avec l'infraction reprochée ».

N° 222. — Il est vrai que point n'est besoin de forcer le sens de cette jurisprudence, puisqu'une autre, moins suspecte, nous donne raison : celle qui refuse expressément d'assimiler les actes d'enquête officieuse aux actes d'instruction et qui est infiniment plus subtile que ne paraît le penser M. Bouloc. C'est qu'en effet, la dénégation formelle du caractère d'acte d'instruction aux actes d'enquête officieuse était le seul moyen qui permettrait à la jurisprudence une assimilation effective de ces deux catégories d'actes.

Sous le régime du Code d'instruction criminelle qui était, nous le savons, dominé par le principe de la séparation de la poursuite et de l'instruction, le procureur de la République ne pouvait effectuer aucun acte d'instruction. Si donc la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait reconnu aux actes du procureur de la République la qualité d'actes d'instruction, elle aurait été obligée de les annuler ; si, au contraire, elle affirmait qu'ils n'étaient pas des actes d'instruction, elle pouvait prononcer leur maintien au dossier avec juridiquement la qualification de « simples renseignements » et pratiquement la même valeur que les actes d'instruction (444). La volonté d'assimilation est certaine. Il n'en faut pour preuve que la jurisprudence qui, pour éviter d'avoir à annuler des actes irrégulièrement accomplis par le juge d'instruction, les qualifiait, eux aussi, de simples renseignements (445). Si, avant le Code de procédure pénale, on traitait de la même façon les actes irréguliers du procureur de la République et les actes irréguliers du juge d'instruction, il n'y a pas de raison pour que, maintenant que la légalité de l'enquête préliminaire est indiscutable, on ne reconnaisse pas le même caractère aux actes régulièrement accomplis par l'un et l'autre de ces officiers.

N° 223. — Le Code de procédure pénale, qui a consacré l'enquête préliminaire, ne s'est pas prononcé sur la qualification juridique à donner aux actes qu'il autorise. M. Bouloc, fort de son analyse de jurisprudence, pense qu'il s'agit d'actes de poursuite ; nous pensons, au contraire, en nous appuyant sur les mêmes décisions interprétées d'une façon différente, que les actes d'enquête préliminaire sont de véritables actes d'instruction, mais nous voulons bien admettre qu'un doute subsiste. Ils peuvent être aussi bien des actes d'instruction, au sens strict de l'expression, que des actes d'une catégorie nouvelle, les « actes de recherche » que connaissait, par exemple, le projet Donnedieu de Vabres (article 6, alinéa 3) ou des « actes de police » d'un type nouveau (446), mais une chose est sûre, en tous cas, c'est qu'ils ne peuvent constituer des actes de poursuite, qui ne sont concevables qu'une fois la procédure judiciaire mise en route (447). Pour éviter tout reproche, nous regrouperons sous l'appellation d'« actes d'information » (448) les véritables

(444) Cass. Crim. 8 octobre 1840, *B.*, 300 ; — 19 avril 1855, *D.*, 1, 269 ; — 5 juillet 1928, *S.*, 1930, 1, 115 ; — 10 novembre 1959, *B.*, 475.

(445) Cass. Crim. 24 octobre 1889, *B.*, 319 ; — 17 février 1953, *B.*, 57 ; — 15 juin 1961, *B.*, 302.

(446) En ce sens, G. Stefani, ét. citée, dans *Problèmes contemporains de procédure pénale*, p. 135.

(447) V. ci-dessus, n° 115.

(448) En ce sens, Cass. Crim. 21 août 1961, *B.*, 362.

actes d'instruction accomplis durant l'enquête d'infraction flagrante sous la direction du procureur de la République et les actes de nature douteuse accomplis sous la même direction au cours de l'enquête préliminaire, car la querelle juridique n'a pas une grande importance pour le point qui nous occupe.

Ce qui importe, c'est, d'abord, que dans un cas comme dans l'autre, le procureur de la République se comporte comme un juge d'instruction, ce qui est difficilement niable étant donné que l'un et l'autre poursuivent le même but qui est de rassembler des éléments de solution dans une affaire donnée tandis que le formalisme de leurs différents actes est, comme nous le verrons, le plus souvent identique ; c'est, ensuite, que les actes d'enquête aient la même efficacité que les actes d'instruction, ce qui est indéniable aussi, puisque les éléments de preuve qu'ils rassemblent doivent figurer au dossier criminel dans les mêmes conditions que ceux recueillis par le juge d'instruction (449) tandis qu'en vertu de la règle de l'intime conviction du juge, ils pourront, les uns comme les autres, étayer la décision de la juridiction de jugement.

N° 224. — C'est qu'on peut noter depuis le début du XIX^e^ siècle une évolution certaine quant à la valeur respective des constatations de police et des actes du juge d'instruction, en même temps que la police judiciaire échappait au contrôle du juge d'instruction pour être soumise à celui du procureur de la République. En 1808, en effet, l'intruction, qui jouissait d'un prestige véritable, était le seul moyen d'information :

> « Il n'y a de constatation judiciaire proprement dite que celle qui émane d'un magistrat hautement impartial, connaissant toute l'importance de l'acte auquel il procède, sachant au juste sur quoi porte son examen et dont le greffier vient, ensuite, attester la véracité » (450).

Le renseignement de police, lui, n'avait dans l'esprit des auteurs classiques qu'une valeur très secondaire. Pour Faustin Hélie, les gendarmes sont : « des militaires aussi actifs qu'intelligents... leur modération et leur fermeté... méritent de justes éloges... mais ils n'ont en général, ni les lumières, ni la connaissance des lois... ils n'ont pas l'indépendance nécessaire pour diriger les actes d'une instruction criminelle » (451). Ce n'est plus l'avis du Code de procédure pénale, ni d'ailleurs celui de la jurisprudence antérieure. Nul ne conteste aujourd'hui qu'un procès-verbal de police puisse être retenu à titre de preuve (452). La Cour de cassation a même jugé, à ce propos, qu'un rapport de gendarmerie peut

(449) Cass. Crim. 6 juillet 1955, *B.*, n° 339, annule une instruction ouverte et poursuivie sans que les procès-verbaux d'enquête aient été versés au dossier.
(450) Mittermaier, Traité de la preuve en matière criminelle, 1848, p. 184.
(451) Ouv. cité, t. 3, n° 1147.
(452) Cass. Crim. 24 mars 1933, *B.*, 67 ; — 4 février 1960, *B.*, 68 ; — 12 avril 1960, *B.*, 260.

prévaloir sur une enquête civile, s'il apparaît que les renseignements qu'il relate sont plus exacts (453). M. Besson partage d'ailleurs cet avis lorsqu'il écrit :

> « Il est classique que les enquêtes non effectuées sous la responsabilité du juge d'instruction ne constituent que la phase policière d'une procédure. C'est pourquoi les déclarations des témoins y sont enregistrées sans prestation de serment. Mais le caractère extra-judiciaire de telles enquêtes n'empêche pas que celles-ci puissent avoir une autorité convaincante » (454).

N° 225. — Le Code de procédure pénale marque aussi le dernier état de l'évolution qui, depuis 1808, tend à confier au ministère public la fonction de recherche. Certes, alors que seule l'enquête de crime flagrant permettait de porter atteinte à l'omnipotence du juge d'instruction, celui-ci « ... avait été initialement conçu comme le policier essentiel dès la phase de la recherche. Le flagrant délit, l'enquête préliminaire, n'avaient pas de place légale dans l'esprit du législateur de 1808, toute la besogne proprement de police judiciaire, recherche, instruction, rassemblement des preuves, enquête, était aux mains de ce magistrat policier » (455). Mais, le Code d'instruction criminelle portait le germe des modifications à venir, puisqu'il confiait la direction de la police judiciaire non pas au magistrat qui était officiellement appelé à recourir à ses services, mais à un représentant du ministère public, et insistait même à deux reprises sur ce que le juge d'instruction est, en tant qu'officier de police judiciaire, placé sous la surveillance du procureur général (articles 57 et 279) (456).

Si, dans les cinquante premières années qui suivirent la promulgation du Code d'instruction criminelle, la doctrine continua à proclamer que « le juge d'instruction est l'officier de police judiciaire par excellence ayant la plénitude des fonctions de police judiciaire » (457) ; si la pratique respecta un temps les principes établis par le code, « la règle d'or scrupuleusement suivie par tous les parquets étant l'ouverture d'une information dans la minute qui suivait l'annonce du crime » (458), la tentation était trop forte pour que le procureur de la République ne

---

(453) Cass. Req. 2 janvier 1940, *D.H.*, 1940, 89 : « Mais attendu, d'une part, que la Cour d'appel constate que le procès-verbal d'enquête de gendarmerie a été régulièrement produit aux débats et contradictoirement discuté ; et, d'autre part, qu'elle déclare... que les premières explications fournies sur l'heure aux gendarmes offrirent toutes les garanties désirables de certitude à raison de leur spontanéité et de la précision des souvenirs que l'on ne retrouvait que quatorze mois plus tard... la Cour d'appel... a usé du pouvoir qui lui appartenait et souverainement apprécié la valeur des témoignages... ».

(454) La police judiciaire et le Code de procédure pénale, *D.*, 1958, chr., p. 129.

(455) P. Escande, Juris-classeur de procédure pénale, articles 12 à 21.

(456) On peut même trouver dans le Code d'instruction criminelle certains indices d'une confusion des fonctions de la police judiciaire et de celles du ministère public. Ainsi, l'article 8 qui déclare que la police judiciaire, après avoir recherché les crimes, les délits et les contraventions et après avoir rassemblé les preuves en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir ; ou encore, les dispositions qui chargent les commissaires de police, les maires et leurs adjoints d'occuper le siège du ministère public auprès du tribunal de police.

(457) Ortolan, Eléments de droit pénal, 5e éd., 1886, par Desjardins, t. 2, n° 2013.

(458) L. Langlois, L'enquête de flagrant délit, son point de départ, sa durée, *J.C.P.*, 1961, I, 1611.

finisse pas par y succomber, usant et abusant de l'action de fait qui lui était possible (459). La situation était telle que, lorsqu'en 1949, la commission de réforme du Code d'instruction criminelle, proposa de confier officiellement au procureur de la République la charge d'instruire, le professeur Donnedieu de Vabres, qui la présidait, pouvait affirmer qu'il y avait là moins une révolution qu'une simple ratification de la pratique existante (460). Le projet échoua, mais il est important de noter que les critiques qui déterminèrent son abandon se fondèrent moins sur des considérations juridiques que sur la crainte d'un bouleversement statutaire de la magistrature et d'une augmentation du budget du ministère de la justice (461).

N° 226. — La commission Donnedieu de Vabres et, plus tard, la commission Besson renoncèrent à l'innovation, officiellement, du moins, car nous pensons qu'il n'y a pas, en réalité, une grosse différence entre le premier projet et le Code de procédure pénale, qu'il s'agisse du juge d'instruction ou du procureur de la République. Le premier est maintenu avec théoriquement ses prérogatives traditionnelles, mais l'accroissement des pouvoirs du procureur de la République le réduit pratiquement au rôle du juge de l'instruction que connaissait le projet Donnedieu de Vabres et qui n'intervenait utilement qu'à l'issue de l'information pour en régler les incidents, se prononcer sur sa validité et statuer sur le sort de l'inculpé. Le second, se voit pratiquement accorder, dans chaque cas particulier, les mêmes moyens d'information que ceux du juge d'instruction, et de plus, certaines dispositions de détail traduisent la volonté des auteurs du Code de procédure pénale d'accorder au procureur de la République, indépendamment des prérogatives qu'il possède comme partie au procès, un droit de regard sur toute la phase active de l'instruction.

C'est ainsi que l'article 93 du Code de procédure pénale, qui autorise le juge d'instruction à se transporter dans le ressort des tribunaux limitrophes de celui où il exerce ses fonctions, si les nécessités de l'information l'exigent, prévoit que le juge d'instruction doit aussi aviser, « au préalable, le procureur de la République du ressort du tribunal dans lequel il se transporte ». C'est ainsi, encore, que les articles 127 et 128 du Code de procédure pénale, qui reprennent les dispositions des articles 4 et 5 de la loi du 8 décembre 1897, prévoient que « l'individu recherché en vertu d'un mandat d'amener et trouvé à plus de 200 kilomètres du siège du juge d'instruction qui a délivré ce mandat » est conduit devant le procureur de la République du lieu de l'arrestation,

(459) J. Catherine, thèse citée, Paris, 1956.

(460) Conférence citée, *R.S.C.*, 1949, 499 ; — V. aussi, M. Arnal - Donnedieu de Vabres, Le projet de Code d'instruction criminelle, les réformes qu'il introduit, les critiques qu'il soulève, thèse dactylographiée, Paris, 1952.

(461) A. Colombini, Considérations sur le projet de Code d'instruction criminelle, *J.C.P.*, 1950, I, 854 ; — C. Laplatte, En marge du nouveau projet de Code d'instruction criminelle, *R.S.C.*, 1951, 147 ; — A. Caleb, Considérations sur le nouveau projet de Code d'instruction criminelle, *R.S.C.*, 1952, 19 ; — et pour une analyse plus juridique du projet, R. Vouin, Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle, *D.*, 1950, chr., p. 37.

et que c'est cet officier qui procède aux formalités préalables au transfèrement. C'est, enfin, le procureur de la République qui doit veiller à la correcte exécution du mandat d'amener (art. 125 C.P.P.).

N° 227. — Mais, dans cette optique, un changement dans la terminologie du Code de procédure pénale, par rapport à celle du Code d'instruction criminelle, est encore plus révélateur. Le Code d'instruction criminelle accordait les pouvoirs d'enquêter en infraction flagrante au procureur de la République personnellement. Il est bien certain que ces pouvoirs étaient généralement exercés par les officiers de police judiciaire, mais, au moins le code attribuait-il ces pouvoirs exceptionnels à un magistrat. Désormais, c'est aux officiers de police judiciaire que le Code de procédure pénale accorde directement le pouvoir de procéder à des enquêtes. Certes, le procureur de la République, parce qu'il a la direction des officiers de police judiciaire (art. 12 C.P.P.), parce qu'il conserve les pouvoirs qui leur sont attribués (art. 41 C.P.P.), et aussi parce que cette possibilité lui est formellement reconnue (art. 68 C.P.P.), peut toujours procéder lui-même aux actes en question, mais il n'est pas le premier attributaire de ces pouvoirs.

On a voulu expliquer ce changement par le fait que, dans le Code d'instruction criminelle, l'enquête d'infraction flagrante dérogeait à l'instruction préparatoire, tandis que, dans le Code de procédure pénale, elle déroge à l'enquête préliminaire (462), mais ce n'est là que rejeter le problème, car, du point de vue des principes, il eût été fortement souhaitable d'attribuer directement au procureur de la République les pouvoirs d'enquête préliminaire, quitte à ce qu'ils soient, dans la pratique, exercés par les officiers de police judiciaire, ce qui n'a pas été fait. Il nous semble que le changement de terminologie a une autre signification.

Dans le régime du Code d'instruction criminelle, police judiciaire et procureur de la République étaient, dans la chronologie du procès pénal, au même échelon : les uns et les autres recueillaient des renseignements qui devaient être utilisés par le juge d'instruction. Aujourd'hui, une hiérarchie est instituée entre la police judiciaire et le procureur de la République, ainsi que l'atteste un autre changement terminologique, celui qui place les officiers de police judiciaire sous la direction du procureur de la République (art. 12 C.P.P.), alors qu'ils étaient jusque-là ses auxiliaires (art. 48 C.I.C.). La police judiciaire est investie personnellement des pouvoirs de recherche et le procureur de la République n'intervient durant la phase de l'enquête que pour diriger son action dans les cas délicats. Le procureur constitue pour le nouveau Code un échelon intermédiaire entre la police et le juge d'instruction et acquiert du point de vue de la recherche des preuves une grande autonomie à l'égard de ce dernier.

N° 228. — C'est ce que nous nous efforcerons de montrer en dégageant, dans une première section, le domaine des pouvoirs d'information du procureur de la République, et dans une seconde section, le contenu de ces pouvoirs d'information, comparés à ceux du juge d'instruction.

(462) B. Bouloc, ouv. cité, n° 329.

Nous montrerons ainsi que les conditions préalables requises par le Code de procédure pénale pour que le procureur de la République puisse exercer ses pouvoirs d'information sont si facilement remplies, qu'elles lui permettent d'agir pratiquement sans restriction, toutes les fois qu'il le souhaite, tandis que les actes qu'il peut accomplir sont, à peu de choses près, les mêmes que ceux qu'il est permis au juge d'effectuer durant l'instruction régulière.

Section I. — DOMAINE DES POUVOIRS D'INFORMATION DU PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE

N° 229. — Nous savons déjà que le Code de procédure pénale prévoit et réglemente deux sortes d'enquêtes de police placées sous la direction du procureur de la République : l'enquête d'infraction flagrante et l'enquête préliminaire. Nous savons, aussi, que la première de ces deux enquêtes était connue du Code d'instruction criminelle tandis que la seconde fait son apparition en droit positif. De là les deux points qui suivent.

§ 1. — DOMAINE DE L'ENQUETE D'INFRACTION FLAGRANTE

N° 230. —

> « Lorsqu'on prend le coupable sur le fait, l'évidence éclate et tout scrupule disparaît » (463).

La distinction de l'infraction flagrante et de celle qui ne l'est pas est inspirée par le bon sens. Cela explique qu'elle ait été connue de tous temps par les législations criminelles, qui prévoient, pour la répression de la première, des formes différentes de celles que connaît la procédure de droit commun, et dont certaines subsistent encore dans notre droit : arrestation provisoire par toutes personnes au XI^e^ et XII^e^ siècles (464) ; dérogation aux règles normales de compétence et particularisme des modes de preuve durant la procédure féodale (465) ; poursuite d'office par le juge sans qu'il soit besoin d'accusateur, dans les procédures de type accusatoire (466). Mais, si la célérité s'impose dans l'application de la sanction, pour assurer une meilleure intimidation des coupables éventuels, c'est surtout en matière d'instruction que les dérogations au droit commun sont le plus aisément justifiables. Si l'infraction est évidente, point n'est besoin de respecter des formes compliquées pour en rechercher la preuve et en découvrir les auteurs ; il faut, au contraire, aller vite, à la fois dans la constatation des traces de l'infraction, pour éviter la disparition de cette évidence qui est la meilleure des preuves, et dans l'appréhension du coupable, afin qu'il ne puisse s'enfuir.

---

(463) Adhémar Esmein, ouv. cité, p. 49.
(464) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 169.
(465) Adhémar Esmein, ouv. cité, p. 5 et p. 49.
(466) P. Jouas, Le flagrant délit, thèse, Caen, 1941, n° 3.

Ces exigences de rapidité et de simplification, le Code d'instruction criminelle avait cru les satisfaire en attribuant au ministère public et aux officiers de police judiciaire les pouvoirs d'enquêter en cas de crime flagrant ; quant à la loi du 20 mai 1863, elle a permis au procureur de la République de faire détenir, pendant un temps limité, le coupable d'un simple délit flagrant. Le Code de procédure pénale, comme le Code d'instruction criminelle, accorde au procureur de la République de véritables pouvoirs d'instruction en cas d'infraction flagrante, mais il modifie profondément l'économie et le domaine de cette enquête.

A) L'Enquête d'Infraction flagrante dans le Code d'Instruction criminelle et le Code de Procédure pénale

N° 231. — Conçue comme une exception au principe de la séparation de l'instruction et de la poursuite, l'enquête de crime flagrant du Code d'instruction criminelle apportait une double restriction à chacun des deux termes de ce principe : à l'instruction, le procureur de la République pouvait y procéder ; à la poursuite, le juge d'instruction qui se transportait sur les lieux d'un crime flagrant se saisissait lui-même. Le Code de procédure pénale, en supprimant la seconde de ces dérogations provoque une rupture d'équilibre favorable au ministère public. Si la différence formelle des deux codes est négligeable, l'un comme l'autre prévoyant que le juge d'instruction à le droit de participer à l'enquête d'infraction flagrante et même de dessaisir par son arrivée sur les lieux les officiers de police judiciaire y compris le procureur de la République qui s'y est transporté en personne, le changement d'esprit est considérable et de nombreuses différences de rédaction, minimes en apparence, montrent qu'on a voulu exclure le juge d'instruction de l'enquête d'infraction flagrante, placée totalement, désormais, sous la direction du procureur de la République.

N° 232. — Il convient, tout d'abord, de noter qu'il sera exceptionnel qu'un juge d'instruction se transporte sur les lieux d'une infraction flagrante, car il ne sera plus averti de sa commission. Le juge d'instruction peut être mis au courant de la commission d'une infraction de trois manières : directement par la police, par l'intermédiaire du procureur de la République ou enfin par une plainte de la victime. Le Code de procédure pénale, pas plus que le Code d'instruction criminelle, ne fait une obligation aux officiers de police judiciaire de prévenir le juge d'instruction de la découverte d'une infraction flagrante, le devoir de ceux-ci s'épuise dans les deux cas dans l'obligation de prévenir le procureur de la République. Au contraire, le Code d'instruction criminelle prévoyait à l'article 32 que le procureur de la République, décidant de se transporter sur les lieux d'un crime flagrant, devait donner avis de son transport au juge d'instruction, qui avait la possibilité de l'accompagner. Or, aucune dispositions du nouveau code ne prévoit que le procureur de la République sera tenu de donner un tel avis. Quant à la troisième source d'information du juge d'instruction, celle de la victime, elle est bien aléatoire. Il est d'abord très fréquent que les plaintes, mêmes

assorties de constitution de partie civile, soient déposées entre les mains de la police qui les achemine par l'intermédiaire du procureur de la République. Or, dans les cas où une enquête d'infraction flagrante est ouverte, le procureur attendra pour effectuer la communication que l'enquête soit terminée (467). Si, malgré tout, la victime a adressé sa plainte directement au juge d'instruction, il faut compter avec les délais matériels de transmission et l'information personnelle du juge d'instruction sera probablement trop tardive pour qu'il puisse intervenir de façon efficace dans l'enquête d'infraction flagrante.

N° 233. — D'autre part, et surtout, il convient de noter que l'analogie entre le Code de procédure pénale et le Code d'instruction criminelle, quant au rôle du juge d'instruction au cours de l'enquête d'infraction flagrante, n'est qu'apparente. Sous le régime du Code d'instruction criminelle, le juge d'instruction qui se transportait sur les lieux d'un crime flagrant se saisissait lui-même, sa présence ouvrait l'instruction régulière : il se comportait donc non pas en officier de police judiciaire, mais en juge d'instruction, la situation était des plus normales. Aujourd'hui, au contraire, le juge d'instruction, même en cas d'infraction flagrante, ne peut jamais ouvrir une information sans être saisi par le procureur de la République d'un réquisitoire à cette fin. Sa présence sur les lieux d'une infraction flagrante apparaît plutôt alors comme un élément perturbateur (468).

> « Autrefois, il était saisi en tant que juge d'instruction, maintenant il est saisi certes parce qu'il est juge d'instruction mais nullement en cette qualité. Il ne pourra exercer aucun pouvoir de juge d'instruction... ses attributions n'apparaissent qu'entre les articles 53 et 73. Son titre de juge d'instruction est alors sans efficacité » (469).

Si donc le Code de procédure pénale (art. 72) reproduit la disposition du Code d'instruction criminelle (art. 53) suivant laquelle la présence du juge d'instruction dessaisit toutes les autres personnes présentes, c'est par un conservatisme qui ne s'explique que par des raisons matérielles (470), car le maître suprême de l'enquête d'infraction flagrante n'en reste pas moins le procureur de la République. Le juge d'instruction, rassemblant les informations au cours d'une enquête d'infraction flagrante, est pratiquement au service du procureur de la République, comme le serait n'importe quel officier de police judiciaire, et il n'a pas plus de pouvoirs. A l'issue de l'enquête, le juge d'instruction transmet les pièces

(467) Il est d'ailleurs à noter que le procureur de la République n'est jamais tenu d'effectuer cette transmission, Cass. Crim. 27 avril 1899, *S.*, 1900, 1, 425 et note Roux.

(468) A. Besson, ét. citée, *D.*, 1958, chr., p. 129.

(469) J. Granier, Le juge d'instruction et la nouvelle procédure de flagrance, *J.C.P.*, 1959, I, 1521.

(470) Si les rédacteurs du Code de procédure pénale ont maintenu cette possibilité d'intervention du juge d'instruction, c'est en considération de l'hypothèse dans laquelle le procureur de la République, seul représentant du ministère public auprès d'un petit tribunal serait absent ou empêché, et pour que l'enquête d'infraction flagrante se déroule, quand même, sous la direction d'un magistrat. Leur raisonnement n'est cependant pas à l'abri de la critique, car on aurait obtenu le même résultat pratique sans les objections théoriques que suscite leur position, en déclarant clairement qu'en cas de carence du ministère public, l'enquête se déroulera sous la direction du juge d'instruction.

au procureur de la République « à toutes fins utiles » et le procureur de la République retrouve alors une entière liberté d'action. Il peut, d'une part, en apprécier la valeur et les fait refaire s'il les juge insuffisantes. Il peut, d'autre part, utiliser les renseignements recueillis comme bon lui semble et, notamment, procéder par voie de citation directe.

Mais le Code de procédure pénale ne s'est pas borné à donner au procureur de la République, à l'exclusion de tout autre, la haute main sur l'enquête d'infraction flagrante. Il a encore étendu les cas dans lesquels il peut procéder ou faire procéder à cette enquête.

B) La Notion d'Infraction flagrante

Nous nous demanderons successivement quelles sont les infractions qui peuvent donner lieu à l'enquête d'infraction flagrante et quelles sont les conditions de la flagrance.

1° *Quelles sont les infractions dont la commission peut entraîner l'ouverture d'une enquête d'infraction flagrante ?*

N° 234. — La réglementation de l'enquête d'infraction flagrante dans le Code d'instruction criminelle, n'était pas, en ce qui concerne les infractions auxquelles elle pouvait s'appliquer, d'une clarté indiscutable. L'article 32, le premier qui traitait de la matière et qui, par conséquent, semblait le plus important, envisageait bien le transport du procureur de la République « ... lorsque le fait sera de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante », ce qui visait le seul cas du crime. Mais les articles 35, 36, 42 et 43 envisageaient le crime ou le délit. Quant à l'article 41, il visait le seul délit.

Que cette incertitude s'explique par la méthode employée pour la rédaction du Code d'instruction criminelle (471) ou par la confusion terminologique qui régna jusqu'au Code pénal de 1810, chargé de définir chaque type d'infractions (472), elle troubla peu les esprits jusqu'à la loi du 20 mai 1863, la quasi-unanimité des interprètes estimant que l'expression « crime ou délit » voulait simplement dire « infraction » (473) et que l'enquête d'infraction flagrante n'était possible que dans l'hypothèse d'un crime (474). Il n'y avait que deux exceptions à cette conception.

La première exception concernait le cas dans lequel le procureur de la République était requis de procéder aux opérations d'enquête par l'appel du chef de la maison. De ce que l'article 46, qui traitait de la matière, était placé à la suite de ceux relatifs au flagrant délit et envisageait une hypothèse assez différente, qui ne s'apparentait aux autres que par la procédure uniforme qu'on avait cru bon d'établir, et de ce que, aussi, cet article n'exigeait pas que le fait soit de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, on pouvait légitimement conclure que les pouvoirs attribués au procureur de la République par l'appel du chef

(471) P. Jouas, thèse citée, n° 28.
(472) J. Catherine, thèse citée, p. 33.
(473) Ortolan et Ledeau, ouv. cité, t. 2, p. 4.
(474) V. cependant en sens contraire, De Molènes, Des fonctions d'officier de police judiciaire, 2e édition 1834, p. 70.

de maison s'étendaient à toute infraction criminelle ou correctionnelle, les travaux préparatoires invitant, d'ailleurs, à cette interprétation (475).

La seconde atténuation était le fait de la jurisprudence et s'appuyait sur la difficulté de la qualification juridique. Un officier de police judiciaire à qui sont rapportés certains faits peut être bien embarrassé pour déterminer immédiatement la nature de crime ou de délit des agissements délictueux qui lui sont décrits. De plus, la nature de ces agissements est susceptible de se modifier : par exemple, si la personne blessée décède quelque temps plus tard des suites de ses blessures. Que doit faire cet officier qui a commencé une enquête sur un fait qu'il croyait être un crime mais qui se révèle être un simple délit ? Contrairement à Faustin Hélie, qui déniait à l'officier toute compétence et aux actes accomplis toute valeur (476), la jurisprudence admettait que, dans de semblables hypothèses, les actes d'information faits au cours d'une enquête de flagrant délit étaient valables, même s'il apparaissait par la suite que les agissements répréhensibles ne constituaient qu'une infraction correctionnelle, du moment qu'à l'ouverture de l'enquête ils présentaient l'apparence d'un crime (477).

N° 235. — La question devait rebondir un moment avec la promulgation de la loi du 20 mai 1863. Garraud soutint que l'appréhension législative de la notion de délit flagrant et l'instauration, à son propos, d'un régime répressif particulier, postulaient nécessairement l'extension aux délits correctionnels de la procédure d'enquête prévue pour les crimes flagrants (478). Cette opinion, qui ne trouvait d'appui ni dans les travaux préparatoires de la loi, ni dans ses termes, n'eut que peu de succès. Elle était d'ailleurs démentie par l'article 127 du décret du 20 mai 1903, qui interdisait au personnel de la gendarmerie de procéder à des enquêtes d'infraction flagrante pour des infractions punies seulement de peines correctionnelles. Mais l'idée qui avait inspiré Garraud n'était pas entièrement fausse, en ce sens que la loi de 1863 témoignait d'une certaine tendance du législateur à accroître le particularisme de la répression des infraction flagrantes. C'est dans cette ligne que s'inscrit le Code de procédure pénale.

N° 236. — Désormais, la question n'est plus discutable dès lors que le chapitre I du titre des enquêtes s'intitule : « des crimes et délits flagrants » et que la terminologie n'a plus l'incertitude qui était la sienne au moment de la rédaction du Code d'instruction criminelle. Tous les

(475) Locre, ouv. cité, t. 25, p. 220 et 278.

(476) Pratique criminelle des cours et tribunaux, 5e éd., 1951, par J. Brouchot, n° 112 : « S'il y a doute sur le caractère du fait, le magistrat doit s'abstenir ou si les doutes ne s'élèvent que lorsqu'il est sur les lieux, arrêter son information, car il cesse d'être compétent ».

(477) Cass. Crim. 1er septembre 1831, *S.*, 1831, 1353 : « Attendu que la loi en faisant une obligation au procureur du Roi dans le cas de flagrant délit et lorsque le fait est de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, de se transporter sur les lieux et d'y dresser des procès-verbaux, ne frappe pas de nullité les procès-verbaux dans la prévision d'un crime lorsque le fait constaté par le procureur du Roi perd les premiers caractères qu'on lui avait supposés ».

(478) Ouv. cité, t. 3, nos 933 et s.

pouvoirs décrits relativement à l'enquête d'infraction flagrante pourront être mis en œuvre aussi bien pour un délit que pour un crime, du moment que le délit en question est punissable d'emprisonnement (art. 67 C.P.P.). Il convient de noter que cette disposition est d'application générale à tous les délits, sans distinction tenant à leur nature. Il n'y a pas lieu d'en excepter, en particulier, les délits pour lesquels le procureur de la République ne pourrait user de la procédure prévue jadis par la loi du 20 mai 1863 et aujourd'hui décrite dans le Code de procédure pénale, aux articles 393 à 397, qui lui permettent de placer l'individu sous mandat de dépôt et de le traduire sur le champ à la barre du tribunal. L'enquête d'infraction flagrante s'applique même aux délits de presse, aux délits politiques et aux infractions prévues par des lois spéciales ou dont les auteurs présumés sont des mineurs ou des individus relégables (479).

2° *Que doit-on entendre par « état de flagrance » ?*

N° 237. — Définir la flagrance ne serait pas très difficile si la notion juridique correspondait à l'idée que le bon sens populaire se fait de la chose. Tel était le cas dans l'ancien droit. En combinant entre elles les définitions de la flagrance données par les auteurs d'ancien régime (480), on arrive à la synthèse suivante qui n'a rien que de très naturel :

> « Le flagrant délit était celui qui se commet ou vient de se commettre et qui se manifeste encore publiquement : 1° soit par ses suites matérielles visibles aux yeux de tous ; 2° soit par la présence de ses assistants qui n'ont pas quitté les lieux de son exécution ; 3° soit, enfin, par l'arrestation de son auteur surpris l'exécutant ; 4° ou trouvé en possession de son produit ou des instruments qui ont servi à l'accomplir dans le lieu même où il s'est perpétré ou dans un lieu voisin, immédiatement après son exécution » (481).

Mais une tendance à l'extension de cette notion s'est manifestée dès le moyen âge et cette tendance est d'ailleurs bien compréhensible. Dans la mesure où la reconnaissance du caractère flagrant d'une infraction permet d'apporter à la procédure pénale de droit commun des dérogations qui sont toutes en faveur d'une répression accentuée, il est normal que l'autorité répressive cherche à donner à la notion de flagrance le plus large domaine possible. La procédure féodale avait déjà trouvé un moyen pour conserver pendant un certain temps au délit son caractère flagrant. C'était la clameur de haro qui perpétuait, en quelque sorte, l'état de flagrance, longtemps après la commission du fait et permettait l'emploi de la procédure de flagrance pour des infractions qui ne venaient plus de se commettre.

Le Code d'instruction criminelle avait déjà contribué à rompre les liens entre la définition d'évidence et la notion juridique de flagrance. On peut remarquer, aussi, qu'il semblait voir dans la poursuite en infraction flagrante l'hypothèse normale des recherches préparatoires, puisque c'est dans la section qui traitait « du mode de procéder des procureurs

(479) L. Lambert, Précis de police judiciaire selon le nouveau code comparé à l'ancien, 1959, p. 50.

(480) Jousse, Traité de la justice criminelle de France, t. 2, p. 15 ; — Du Rousseau de la Combe, ouv. cité, p. 321 ; — Serpillon, ouv. cité, t. 1, p. 553.

(481) L. Langlois, ét. citée, *J.C.P.*, 1961, I, 1611.

dans l'exercice de leurs fonctions », que se trouvaient les textes établissant la procédure à suivre en cas d'infraction flagrante, ce qui avait fait dire à Garraud que le flagrant délit reprenait dans le Code d'instruction criminelle la place importante qu'il a d'ordinaire dans les droits primitifs (482).

N° 238. — La conception du Code de procédure pénale est alors une conception bien arriérée qui tranche dans le sens de l'extension toutes les controverses qui avaient pu s'instaurer, en la matière, quant à l'interprétation du Code d'instruction criminelle. Cette condition de la flagrance, mise à l'exercice par le procureur de la République de ses pouvoirs d'instruction, est donc bien restreinte puisqu'il semble qu'en application des textes du Code de procédure pénale, toute infraction peut être considérée comme flagrante.

Le Code de procédure pénale a regroupé au sein de l'article 53 les cas de flagrance qui se trouvaient énumérés aux articles 41 et 46 du Code d'instruction criminelle ; il décide :

> « Est qualifié crime ou délit flagrant, le crime ou le délit que se commet actuellement ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices laissant penser qu'elle a participé au crime ou délit. Est assimilé au crime ou délit flagrant tout crime ou délit qui, même non commis dans les circonstances prévues à l'alinéa précédent, a été commis dans une maison dont le chef requiert le procureur de la République ou un officier de police judiciaire de le constater ».

Le Code de procédure pénale consacre donc quatre cas de flagrance qui sont désormais placés sur un pied d'égalité, alors que dans le Code d'instruction criminelle, le cas de poursuite par la clameur publique et celui de détention d'objets compromettants n'étaient que « réputés » flagrants, et il assimile à ces quatre cas celui de l'appel du chef de la maison. Enfin, le Code de procédure pénale reprend à l'article 74, pour en traiter comme d'une infraction flagrante, un cas un peu particulier prévu autrefois à l'article 44 du Code d'instruction criminelle, celui de la découverte d'un cadavre lorsque les causes de la mort sont indéterminées.

N° 239. — Le crime qui se commet actuellement est celui où le prévenu est surpris « dans les actes mêmes de l'exécution » (483). Pratiquement, cette notion n'a d'autonomie qu'en ce qui concerne les infractions continues car, s'il s'agit d'une infraction instantanée, elle passe, dans un instant de raison, et à moins d'être réitérée, de l'infraction « qui se commet actuellement » à l'infraction « qui vient de se commettre ». Encore convient-il de noter que les infractions continues étant généralement occultes (port d'armes prohibé, atteintes à la sûreté de l'Etat, séquestration, trafics divers), les règles de l'enquête préliminaire parais-

(482) Ouv. cité, t. 3, n° 944.
(483) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 3, n° 1497.

sent convenir particulièrement à leur endroit (484). Ce premier cas de flagrance, qui est aussi le plus exact logiquement, est donc d'une importance pratique réduite.

N° 240. — On ne peut nier l'imprécision de l'expression « le crime ou le délit vient de se commettre ». Les rédacteurs du Code d'instruction criminelle en étaient conscients, mais ils ne purent se mettre d'accord sur une autre formule et la longue discussion à laquelle ils se livrèrent ne nous fournit que deux précisions. La première est qu'ils voulurent adopter une solution plus étroite que celle de l'article 63 du code de brumaire an IV, dont s'inspire l'article 41 du Code d'instruction criminelle, et qui ne prévoyait aucune restriction à la durée de la flagrance ; la seconde, qu'ils furent incapables de s'entendre pour établir un délai chiffré et que la durée de vingt-quatre heures, qui avait été proposée, ne fut pas finalement retenue (485). De là d'interminables discussions doctrinales pour préciser la notion de délit qui « vient de se commettre » comme aussi pour savoir ce qu'est un temps « voisin de l'infraction », discussions qui connurent naturellement un regain d'intérêt avec la promulgation de la loi du 20 mai 1863 (486).

1° La jurisprudence n'est pas entrée dans ces querelles. Considérant : « Que la loi n'a pas fixé exactement le délait à l'expiration duquel le délit cesse d'être flagrant,... que l'usage, introduit par la nécessité, dans l'intérêt public, autorise à ne pas interpréter ces dispositions dans un sens trop restrictif, tout en respectant la loi » (487), la jurisprudence a statué en fonction de chacune des espèces qui lui étaient soumises, mais s'est montrée, d'une façon générale, abusivement libérale dans sa définition de la flagrance. C'est ainsi que le juge d'instruction a été jugé agir valablement en flagrant délit lorsqu'averti d'un crime qui a été commis dans la nuit, il se rend le lendemain à l'hôpital où la victime a été transportée (488). La flagrance pouvait donc durer 24 ou même

---

(484) L. Langlois, ét. citée, *J.C.P.*, 1961, I, 1611.

(485) Locre, ouv. cité, t. 25, p. 163.

(486) Trois opinions ont été essentiellement soutenues :

1° La flagrance cesse dès le premier instant passé (Carnot, De l'instruction criminelle, 2e éd., 1829, t. 1, p. 251, n° 2 ; — Donnedieu de Vabres, ouv. cité, n° 190 : « le délit vient de se commettre au moment où l'auteur est surpris »).

2° La flagrance dure en principe 24 heures, mais ce délai peut être exceptionnellement allongé (Massabiau, ouv. cité, t. 2, n° 2530).

3° La loi du 20 mai 1863 étant interprétative du Code d'instrution criminelle, le délai de 48 heures qu'elle prévoit pour la comparution de l'individu saisi devant les tribunaux doit être considéré comme la durée normale de la flagrance (Laborde, pendant combien de temps le flagrant délit autorise-t-il l'arrestation par mesure de police, *Rev. Pénit.*, 1908, 930 ; — Garraud, ouv. cité, t. 3, n° 936).

Et pour une analyse plus complète de la doctrine, v. P. Jouas, thèse citée, nos 14 et s. ; — J. Catherine, thèse citée, p. 44 et s.

(487) Trib. Correct. Seine, 3 mars 1913, *Gazette des tribunaux*, 1913, 2, 2e partie, p. 249.

(488) Cass. Crim. 7 janvier 1932, *S.*, 1933, 1, 358 : « ... Attendu qu'il résulte de la procédure que le crime a été commis le 18 août vers 20 heures, que le juge a été saisi le lendemain 19 août des réquisitions du parquet, que le même jour à 14 heures, il s'est transporté à l'hôpital de Tournai et que là il a ordonné l'autopsie de la victime, procédé à l'examen des deux voitures automobiles et à 15 heures interrogé T... Attendu que, lorsque le juge d'instruction s'est transporté sur les lieux et a interrogé T..., le crime était encore flagrant ».

48 heures. De plus, ce délai pouvait encore être allongé et certaines décisions l'ont fait partir, non pas de la commission de l'infraction, mais de sa découverte (489).

2° Le Code de procédure pénale, qui aurait dû prendre position, s'est abstenu de le faire puisqu'il reprend textuellement l'expression « délit qui vient de se commettre » et confirme ainsi la jurisprudence natérieure :

> « Reste donc un crime ou un délit flagrant celui « qui se commet actuellement » ou celui qui « vient de se commettre ». Les deux expressions étant celles-là même que portait l'ancien code, la doctrine et la jurisprudence élaborées sur elles demeurent intactes » (490).

Certes, M. Bouloc soutient une position différente :

> « Il semble que la jurisprudence se trouve remise en question par le texte même du Code de procédure pénale. Le Code d'instruction criminelle parlait d'un temps voisin de l'infraction, tandis que le Code de procédure pénale mentionne un temps très voisin de l'infraction » (491).

Mais, outre que cette différence n'est pas très importante, il nous paraît que la notion de temps « très voisin » de l'infraction ne se rapporte pas aux deux premiers cas de flagrant délit, mais aux deux derniers, et qu'elle ne joue pas pour la détermination du temps où le délit vient de se commettre. D'ailleurs, l'arrêt de la Cour de Douai, que M. Bouloc rapporte à l'appui de sa position, loin de la confirmer, s'accorde avec la nôtre :

> « Attendu qu'en l'espèce, B. lorsqu'il a été appréhendé, n'était porteur ni en possession d'aucun objet se rattachant au crime et ne présentait aucune trace laissant supposer qu'il y avait participé ; qu'au surplus, il n'a été interpelé que le surlendemain de la tentative du crime et sur la seule dénonciation de la victime, laquelle, elle-même, n'a porté plainte que le lendemain des faits. Attendu, en conséquence, que la flagrance manque en l'espèce... » (492).

Tout au plus pourrait-on déduire de cet arrêt que, du fait que les magistrats se sont délibérément placés dans le quatrième cas de flagrant délit, c'est qu'ils estimaient ne plus pouvoir faire appel au second et qu'un délit découvert 48 heures après sa commission ne vient plus de se commettre. Mais, en admettant même qu'on interprète de cette façon l'arrêt de Douai, nous pensons que le texte même de l'article 53 du Code de procédure pénale est suffisamment vague pour autoriser bien des extensions, alors qu'il aurait appartenu à ses rédacteurs, à la lumière des errements antérieurs, de déterminer avec précision les limites de la flagrance pour le délit qui vient de se commettre et cela quelle que soit la difficulté d'une semblable fixation.

---

(489) Cass. Crim 15 mars 1890, *B.*, n° 58 : « Attendu que les premières réquisitions étaient incontestablement conformes aux prescriptions de l'article 44 du Code d'instruction criminelle, puisqu'elles ont été adressées aux prévenus à l'occasion d'un crime présumé dont l'accomplissement était récent et qu'elles étaient immédiatement consécutives à l'avis reçu par l'autorité judiciaire de la découverte d'un cadavre ».

(490) L. Lambert, ouv. cité, p. 47.

(491) Ouv. cité, n° 331.

(492) 8 septembre 1960, *J.C.P.*, 1960, 11, 11777.

N° 241. — Le cas où la personne soupçonnée d'avoir participé au crime ou au délit est trouvée, dans un temps très voisin de celui-ci, en possession d'objets ou présente des traces ou indices laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit, et celui où elle est poursuivie par la clameur publique, existaient, nous l'avons dit, dans le Code d'instruction criminelle, mais avec une nuance vis-à-vis des deux précédents alors que le Code de procédure pénale les assimile. Mais il ne nous paraît pas inutile de noter la distance qui les sépare :

> « Lorsque l'arrestation s'effectue sur les lieux et dans le temps de l'action, elle se justifie d'elle-même : l'auteur a été surpris commettant l'infraction ou venant de la commettre... ce processus est inversé dans les troisième et quatrième cas : l'appréhension de la personne est le premier acte de l'enquête. L'infraction n'a pas été constatée matériellement ou se trouve encore ignorée : ce sont les circonstances de l'arrestation qui la révèlent ou la rendent manifeste et publique » (493).

Nous pensons, en second lieu, que des différences de rédaction, minimes en apparence, ont pour effet d'étendre, en réalité, le champ qui leur est alloué. Il est certain, en tous cas, que le code n'a apporté aucune précision de nature à limiter les éléments constitutifs de la flagrance, précisions qui eussent été bien désirables.

1° Cela ne semble pas vrai, si l'on remarque, comme l'ont fait la plupart des auteurs, que le Code de procédure pénale emploie l'expression temps « très voisin » de l'infraction, alors que le Code d'instruction criminelle parlait d'un temps « voisin » de l'infraction. M. Lambert estime qu'il y a là un changement considérable qui restreint de façon très sensible les pouvoirs accordés. Cela ne nous paraît pas convaincant, car l'expression « temps très voisin » est au moins aussi imprécise que celle de « temps voisin » et il résulte des travaux parlementaires, fidèlement rapportés par M. Lambert (494), que le temps très voisin sera toujours une question de fait appréciée souverainement par le juge, ce qui ne nous paraît pas restreindre la durée mais au contraire laisser les choses en état. C'est d'ailleurs bien l'avis de M. Besson :

> « Le législateur a ainsi cherché à être plus précis, plus rigoureux... toutefois la restriction de l'article 53 du Code de procédure pénale se substitue à une autre restriction qui figurait à l'article 41... à la vérité, il semble que la détermination du temps de flagrance continuera comme par le passé à être appréciée en fonction de chaque espèce » (495).

D'autre part, aujourd'hui comme hier, aucune précision n'a été apportée quant au lieu où l'individu devra être saisi. Cela pouvait s'expliquer au moment du Code d'instruction criminelle, alors que les moyens de locomotion étaient rudimentaires, mais non aujourd'hui, alors que des distances très importantes peuvent être franchies en quelques heures. Il semble donc que, pourvu que l'on soit dans les délais très imprécis de la flagrance, les actes de l'enquête d'infraction flagrante

(493) L. Langlois, ét. citée, *J.C.P.*, 1961, I, 1611.
(494) Ouv. cité, p. 48 et 49.
(495) Et. citée, *D.*, 1958, chr., p. 129.

pourront être accomplis en tous lieux, bien qu'ils ne se justifient plus alors, ni par l'émotion soulevée, ni par la facilité de l'enquête et l'évidence des indices.

2° Au contraire, le Code de procédure pénale semble aller contre la jurisprudence établie sur le point de savoir si le délit, pour être flagrant, doit être apparent. Le problème de savoir si les objets possédés et les traces et indices présentés par la personne soupçonnée d'avoir participé à l'infraction doivent être apparents, ou s'il est permis de la fouiller pour mettre ces éléments en évidence, se pose dans les mêmes termes que celui, autonome, de savoir si le délit « qui se commet actuellement » doit être un délit « qui se voit » (496). Alors que le droit romain et l'ancien droit, toujours sensibles au bon sens adoptaient ce dernier point de vue (497), les rédacteurs du Code d'instruction criminelle ne se prononcèrent pas sur ce problème (498), qui devait, à la suite d'une affaire célèbre (499), diviser la jurisprudence pendant plus de trente ans. Au terme d'une évolution chaotique (500), la Cour de cassation avait fini par décider, dans la célèbre affaire Isnard, relative à des paris illicites, et en reprenant les motifs de l'arrêt d'appel (501) :

> « Que le simple fait que cet individu avait la réputation de se livrer au trafic des paris aux courses n'autorisait pas un commissaire de police, sans mandat du juge, à le fouiller dans la rue, alors que la possession des fiches ne lui était révélée par aucun indice extérieur » (502).

Il importe, tout d'abord, de noter, qu'il aurait appartenu aux rédacteurs du nouveau code, en présence des difficultés qui s'étaient présentées à la jurisprudence, de trancher la question par une disposition sans équivoque, ce qu'ils n'ont pas fait. Mais il nous paraît qu'on peut interpréter, en outre, l'article 53 du Code de procédure pénale comme condamnant la jurisprudence protectrice de la liberté individuelle de l'arrêt Isnard. En effet, l'article 41 du Code d'instruction criminelle stipulait que « le prévenu est trouvé saisi d'effets... » là où la nouvelle rédaction dispose que la personne soupçonnée est « trouvée en possession d'objets... » et les termes employés ne sont pas synonymes. Dire qu'une personne est trouvée « saisie d'effets » signifie qu'au moment où elle est arrêtée elle détenait ces objets, le verbe « trouvé » est détachable de son complément. Au contraire, l'expression « trouvée en possession » ne peut être fractionnée et elle a un sens global qui ne vise pas l'arrestation de la personne mais l'état dans lequel elle est trouvée. Or, pour qu'une

---

(496) L. Langlois, ét. citée, *J.C.P.*, 1961, I, 1611 ; — M. Pédamon, La fouille corporelle, *R.S.C.*, 1961, 467.

(497) Pour les Romains, le vol flagrant est le « *furtum manifestum* » ; pour Jousse, le flagrant délit est celui qui est « exposé à la vue de tous », tandis que Merlin définit le flagrant délit comme celui que est commis « publiquement ».

(498) V. cependant une remarque de Cambacérès qui semble opposer le délit flagrant au délit occulte sans cependant en tirer de conséquences, Locre, ouv. cité, t. 24, p. 147.

(499) Affaire de la rue Hermel, Paris, 28 juillet 1925, *D.P.*, 1926, 2, 49, note Nast.

(500) V. J. Catherine, thèse citée, p. 25 et s.

(501) Aix-en-Provence, 12 juin 1951, *J.C.P.*, 1951, II, 6544, note A. Colombini.

(502) Cass. Crim. 22 janvier 1953, *J.C.P.*, 1953, II, 7456, rapport J. Brouchot ; — *S.*, 1953, 1, 89, note J. Brunet.

personne soit trouvée en possession d'objets, il faut qu'on les ait cherchés. L'article 53 du Code de procédure pénale nous semble donc autoriser la fouille de la personne soupçonnée pour réaliser la condition de flagrance, même si la possession d'objets ou la présence de traces et d'indices n'est pas apparente.

3° Une seconde extension de la flagrance, dans le cas où la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique ou trouvée en possession d'objets compromettants peut encore être relevée. Elle résulte de la substitution des mots « laissant penser » qu'elle a participé au crime ou au délit, aux mots « faisant présumer qu'il en est auteur ou complice » qui était plus restrictif du fait que la présomption a, en droit, un sens bien précis. Un spécialiste peut noter à ce propos :

> « On appréciera, d'un point de vue purement policier, la liberté de vérifications que permet... la formule « laissant penser que », laquelle n'exige pas que les traces ou objets découverts soient déjà, en eux-mêmes des preuves certaines, flagrantes, d'une participation au crime ou au délit » (503).

N° 242. — Dans le Code de procédure pénale, comme dans le Code d'instruction criminelle, et bien que ces cas soient visés dans le même article que les précédents, la réquisition d'un chef de maison n'est qu'une situation assimilée aux infractions flagrantes, mais nous pensons que rien ne saurait justifier cette assimilation : il n'y a aucune raison pour que le procureur de la République dispose, alors qu'une personne le requiert de venir constater un vol commis chez elle et qu'elle découvre au retour d'un long voyage, des même pouvoirs que ceux qui lui auraient été attribués si ce vol venait juste d'être commis. Les pouvoirs exceptionnels accordés dans le cadre de l'enquête d'infraction flagrante ne se justifient que par l'urgence et doivent disparaître avec elle. C'était bien l'avis de la commission d'études pénales législatives qui avait exclu de son projet les dispositions de l'article 46 du Code d'instruction criminelle. M. Besson déclarait dans son rapport :

> « L'expérience enseigne que l'article 46 du Code d'instruction criminelle peut donner la tentation aux officiers de police judiciaire de tourner la loi en appliquant les règles du flagrant délit dans des circonstances qui ne s'y prêtent pas, l'appel du chef de maison servant seulement à couvrir les irrégularité commises à ce sujet » (504).

Mais l'alinéa malencontreux fut rétabli au cours des travaux parlementaires, l'intervention de certains députés permettant seulement que la réquisition du chef de la maison soit « assimilée » au crime ou délit flagrant, au lieu de qualifier l'infraction commise de crime ou délit flagrant, ce qui n'emporte aucune différence pratique.

N° 243. — Le chapitre des crimes et délits flagrants se termine, enfin, par un article 74 qui reprend, avec une certaine extension, les dispositions de l'article 44 du Code d'instruction criminelle. Le procureur de

(503) L. Lambert, ouv. cité, p. 49.
(504) Le projet de réforme de la procédure pénale, rapport suivi du projet de code de procédure pénale, adopté par la commission d'études pénales législatives le 5 juillet 1955, 1956, n° 47.

la République peut faire procéder à une enquête d'infraction flagrante lorsqu'il est averti de la découverte d'un cadavre et que les causes de la mort sont inconnues. Ici encore, et bien que les prescriptions de cet article soient infiniment moins contestables que celles relatives à la requête du chef de maison, on peut appliquer les règles de l'enquête d'infraction flagrante même s'il apparaît que le cadavre n'est pas celui de la victime d'une infraction qui vient de se commettre, mais a, au contraire, été découvert longtemps après la perpétration du crime qui n'est pas flagrant, au sens exact du terme.

N° 244. — Ces quelques considérations montrent le domaine extrêmement vaste reconnu à la notion de flagrance. On peut affirmer que l'infraction flagrante est la règle, alors que l'infraction non flagrante est l'exception. Si un crime ou un délit est commis dans un lieu privé, la police en sera normalement avertie par l'occupant de ce lieu et bénéficiera donc, quel que soit le moment de sa commission, des pouvoirs d'enquêter en infraction flagrante. Si l'infraction est commise dans un lieu public et fréquenté, de jour, la police sera avertie immédiatement et arrivera au moment où le délit vient de se commettre, ou encore, s'il y a eu des témoins, l'auteur présumé sera poursuivi par la clameur publique. Si l'infraction est commise de nuit et découverte le lendemain matin, le procureur est encore, étant donné l'imprécision des termes de la loi, dans l'hypothèse où l'infraction « vient de se commettre ». Pour que l'enquête d'infraction flagrante ne puisse être ouverte, il faut donc qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit commis dans un lieu public et désert, qui n'est découvert que longtemps après sa commission, à condition, encore, qu'on n'ait pas arrêté, en quelque lieu que ce soit, une personne dont la fouille aurait révélé des traces de sa participation à l'infraction en question, même non encore découverte, et que l'on n'ait pas trouvé au lieu de sa commission un cadavre dont la mort paraît suspecte.

Pratiquement, et en dehors des contraventions, seuls des cas exceptionnels de crime ou de délit peuvent dépasser les limites de l'enquête d'infraction flagrante. Mais pour achever de délimiter le domaine de cette enquête, il faut encore se demander pendant combien de temps elle peut se poursuivre.

C) Pendant combien de Temps l'Enquête d'Infraction flagrante peut-elle se poursuivre

N° 245. — La durée maximale de l'enquête d'infraction flagrante n'était pas fixée par le Code d'instruction criminelle et la jurisprudence s'était montrée, ici encore, assez large, en admettant que l'enquête pouvait durer plusieurs jours si cela était nécessaire. La jurisprudence n'avait apporté qu'une restriction au caractère indéterminé de cette enquête : il fallait qu'il n'y eût pas de solution de continuité entre les actes accomplis. C'est ainsi qu'un officier de police judiciaire ne pouvait continuer à accomplir des actes d'enquête s'il avait déjà remis un dossier au par-

quet (505) ou procéder le lendemain de l'infraction à l'interrogatoire du coupable qu'il avait renvoyé, la veille, à son domicile, sans y avoir procédé (506).

Il eût appartenu, une fois de plus, au Code de procédure pénale de préciser la durée de l'enquête. Le projet Donnedieu de Vabres l'avait bien fait qui prévoyait qu'elle ne pourrait durer plus de vingt-quatre heures (507). Le Code de procédure pénale, lui, n'a rien dit. Il semble donc que les solutions antérieures sont maintenues. En dehors de l'hypothèse où la nécessité de placer l'individu soupçonné en état de détention préventive, obligerait à ouvrir une instruction :

> « ... Cette procédure d'enquête d'infraction flagrante, dès lors qu'elle a été commencée en temps de flagrance, peut se poursuivre pendant une durée non fixée par la loi et qui est celle nécessaire à la poursuite de l'enquête, une seule condition est à observer : c'est que l'enquête ne subisse aucune interruption... pourvu qu'elle se place sur la base de départ fixée par la loi, la police judiciaire disposera, comme par le passé, de tout le temps dont elle a besoin pour réunir tous les éléments de l'enquête » (508).

On voit à quel point est large le domaine assigné à l'enquête d'infraction flagrante. Mais lorsque, bien exceptionnellement, il ne peut y être procédé, le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire peut encore recourir à la nouvelle enquête préliminaire.

§ 2. — DOMAINE ET CONDITIONS DE L'ENQUETE PRELIMINAIRE

N° 246. — La consécration juridique de l'enquête officieuse a, du point de vue de ceux qui peuvent y procéder, un avantage : celui de ne plus voir sa légalité mise en doute. Elle aurait pu avoir un inconvénient : celui de lui imposer des conditions et des limites. Le Code de procédure pénale pose, en effet, une condition qu'il veut importante : l'officier de police judiciaire doit, pour pouvoir procéder aux actes de l'enquête préliminaire, obtenir le consentement des personnes intéressées (art. 76 et 77 C.P.P.), mais cela ne nous paraît pas avoir un grand intérêt pratique. Au contraire, la consécration de l'enquête officieuse, sous le nom d'enquête « préliminaire » aboutit logiquement à en réduire le champ d'application dans le temps.

---

(505) Cass. Crim. 9 septembre 1853, *D.*, 1853, 5, 265.
(506) Paris, 6 février 1931, *S.*, 1931, 2, 155.
(507) M. Arnal - Donnedieu de Vabres, thèse citée, p. 144. Mais il est vrai que, dans le projet, la procédure d'enquête d'infraction flagrante perdait le caractère original qu'elle a dans notre droit, puisque toutes les instructions étaient conduites par le procureur de la République.
(508) A. Besson, ét. citée, *D.*, 1958, chr., p. 129.

A) Moment de l'Enquête préliminaire

N° 247. — Avant le Code de procédure pénale, le procureur de la République faisait procéder à une enquête officieuse chaque fois qu'il avait besoin de recueillir des renseignements. Dans la majorité des cas, c'était, bien entendu, avant toute procédure judiciaire, dès qu'on l'avertissait de la découverte d'une infraction. Mais, ce pouvait être aussi après la mise en mouvement de l'action publique. Cette pratique était spécialement fréquente à l'issue de l'instruction régulière, soit que le juge d'instruction ait rendu une ordonnance de non-lieu, et le procureur de la République recherchait des charges nouvelles qui lui permettraient de requérir la réouverture de l'instruction, soit que le juge d'instruction ait rendu une ordonnance de renvoi, le procureur de la République recherchant alors de nouveaux éléments de preuve à fournir à la juridiction de jugement (509).

Il semble que le qualificatif de « préliminaire » que le Code de procédure pénale attribue à l'enquête de police, a pour résultat d'interdire ces pratiques, car il est évident que si l'enquête est dite « préliminaire », c'est qu'elle peut uniquement précéder les actes de justice. C'est bien ce que décide un arrêt récent, qui, rendu en matière militaire, refuse au commissaire du gouvernement, le droit de faire, entre la décision de renvoi du procureur militaire et le jugement, des actes ayant le caractère d'actes d'information (510). Mais on peut, néanmoins, se demander dans quelle mesure il ne serait pas considéré comme restant « du droit et du devoir des officiers du ministère public comme de tous les officiers de police judiciaire, de ne pas laisser dépérir des preuves qui peuvent disparaître... lorsque l'urgence et l'éloignement ne permettent pas de recourir aux magistrats légalement et compétemment délégués » (511).

N° 248. — Ce même qualificatif de « préliminaire », paraît, d'autre part, condamner la jurisprudence qui consacrait la validité de la décision prise par certaines juridictions de charger le ministère public de recueillir des renseignements complémentaires au lieu de recourir au supplément d'information auquel elles auraient dû normalement faire procéder (512). Si Roux faisait remarquer, sous le régime du Code d'ins-

---

(509) V. pour la validité d'une enquête pratiquée sur les ordres du procureur de la République durant l'instruction officielle : Cass. Crim. 29 juin 1855, *D.P.*, 1855, 1, 315 ; entre l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction et la saisine de la chambre des mises en accusation, Cass. Crim. 13 janvier 1870, *D.P.*, 1870, 1, 89 ; entre l'arrêt de mise en accusation et la saisine de la Cour d'assises, Cass. Crim. 13 février 1857, *D.P.*, 1857, 1, 178, 29 juin 1865, *D.P.*, 1865, 5, 226 ; entre le jugement de première instance et l'arrêt d'appel, Cass. Crim. 18 août 1877, *D.P.*, 1878, 1, 285 ; 15 novembre 1917, *S.*, 1921, 1, 45.

(510) Cass. Crim. 21 août 1961, *B.*, n° 362.

(511) Cass. Crim. 19 avril 1855, *D.P.*, 1855, 1, 269.

(512) Cass. Crim. 24 mars 1906, *B.*, n° 150 ; 5 juillet 1928, *S.*, 1930, 1, 115. V. cependant en sens contraire, Cass. Crim. 16 juillet 1892, *D.P.*, 1893, 1, 431, qui annule les actes de recherche accomplis par un officier du parquet avec l'accord du président de la Cour d'assises qui aurait été normalement compétent pour y procéder entre l'arrêt de mise en accusation et l'ouverture des assises.

truction criminelle, qu'aucune loi n'interdisait cette pratique (513), il semble que les articles du Code de procédure pénale qui qualifient de « préliminaire » cette enquête de police, constituent désormais cette loi.

B) Le Consentement de la Personne interpelée dans l'Enquête préliminaire

N° 249. — L'enquête préliminaire, ancienne enquête officieuse, n'attribue pas, en principe, au procureur de la République qui y procède ou y fait procéder, des pouvoirs coercitifs semblables à ceux qu'il possède en matière d'enquête d'infraction flagrante. L'enquête préliminaire « est une procédure judiciaire qui ne donne aux officiers qui la conduisent aucun pouvoir et qui n'impose aucun devoir aux citoyens qui la subissent » (514). Le procureur de la République ne pourra donc procéder qu'avec le consentement de la personne chez laquelle on veut perquisitionner ou de la personne qu'on veut garder à vue. Mais, dans les deux cas, le consentement requis n'est pas le même. Dans la première hypothèse, c'est un consentement exprès, dans la seconde un consentement tacite. De toutes façons, il ne nous paraît pas que ce consentement soit véritablement libre et éclairé.

N° 250. — L'article 76 du Code de procédure pénale prévoit que :

> « Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu.
>
> « Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ».

et l'instruction générale prise pour l'application du Code de procédure pénale, renchérit sur cette affirmation à l'article C 136. :

> « Pour assurer exactement le respect des dispositions de l'article 76, alinéa 2, il semble que l'assentiment exprès de la personne chez laquelle la perquisition a lieu pourrait être, par exemple, donnée dans les termes suivants : " sachant que je puis m'opposer à la visite de mon domicile, je consens expressément à ce que vous y opériez les perquisitions et saisies que vous jugerez utiles à l'enquête en cours " ».

Mais ces dispositions, en apparence très protectrices de la liberté individuelle, ne nous semblent pas l'être autant qu'on pourrait l'imaginer, pour des raisons à la fois de droit et de fait.

En droit, l'obligation de donner un consentement par écrit enlève à la personne qui l'a accordé la possibilité de revenir sur sa décision. Sous le régime du Code d'instruction criminelle, l'enquête dite « officieuse » n'était possible que grâce au consentement donné au début de l'enquête, certes, mais aussi constamment maintenu au cours de celle-ci. Si le propriétaire du domicile perquisitionné, qui croyait, tout d'abord, qu'il s'agissait d'une inspection superficielle, s'apercevait que les policiers

(513) Ouv. cité, p. 80.
(514) M. Blondet, L'enquête préliminaire et le Code de procédure pénale, *J.C.P.*, 1959, I, 1513.

déplaçaient tous ses meubles au risque d'endommager ses objets d'art, il pouvait (théoriquement, du moins) retirer sa permission et les policiers devaient (théoriquement, toujours) suspendre leurs investigations. Désormais, l'écrit qui matérialise la permission est irrévocable. Il faut donc que la personne sollicitée ait le courage et la présence d'esprit de refuser dès le début son consentement, mais nous touchons là aux arguments de fait.

De ce point de vue, il semble que l'exigence d'un écrit soit de nature à inquiéter davantage encore les personnes mal informées. En effet, l'appréhension qu'il peut y avoir à résister à un agent de la force publique sera certainement accrue, dans l'esprit des gens simples, par la trace que laissera leur refus et qui leur fera craindre une réaction quelconque de l'autorité appuyée sur la preuve écrite de leur mauvaise volonté. En fait, il n'y a guère que les repris de justice qui oseraient refuser (515), mais ils consentiront, s'ils sont habiles, car ils voudront donner le change... On ne voit pas bien, dès lors, qui pourrait se refuser à une perquisition. Il ne peut s'agir, en tous cas, que d'hypothèses isolées ou exceptionnelles.

N° 251. — L'article 77 du Code de procédure pénale prévoit que l'officier de police judiciaire peut « pour les nécessités de l'enquête » « retenir » une personne à sa disposition, or, « retenir » ne veut pas dire « aller chercher » et il faut donc supposer, pour que la garde à vue soit possible, que la personne retenue s'est rendue volontairement soit dans les locaux de la police judiciaire, soit sur les lieux mêmes de l'infraction où elle peut aussi être gardée à vue. Mais on retrouve, quant à la possibilité et à la liberté du refus, les mêmes objections, encore aggravées, même, en ceci, que le policier qui invite « poliment », selon M. Blondet (516), une personne à le suivre au commissariat de police, n'est pas tenu d'avertir cette personne qu'elle peut refuser de déférer à cette invitation. Comme il est néanmoins probable que la personne ainsi poliment invitée n'acceptera pas de gaieté de cœur, on va se trouver dans une série de situations toutes plus incertaines les unes que les autres :

> « Entre le « oui » décidé et le « non » catégorique, il y a toute une gamme de réponses plus ou moins normandes et qui laisseront l'enquêteur dans la perplexité. En réalité, la situation est toujours équivoque, on ne sait pas si l'enquêteur a pris barre sur le témoin... ou si le témoin a conservé son autonomie » (517).

Nous partageons cette opinion, la perplexité de l'enquêteur exceptée, car nous sommes convaincus qu'il saura trouver des paroles de nature à fléchir le plus indécis. Un tel problème ne se pose pas au cours de l'enquête d'infraction flagrante encore que la garde à vue y soit prévue, car un tel consentement, plus ou moins volontaire n'est pas requis. Le procureur de la République bénéficie, en effet, du droit de contraindre les personnes convoquées à comparaître (art. 62 al. 2 et 70 C.P.P.) ;

(515) A. Besson, ét. citée, *D.*, 1958, chr., p. 129.
(516) M. Blondet, ét. citée, *J.C.P.*, 1959, I, 1513.
(517) M. Blondet, ét. citée, *J.C.P.*, 1959, I, 1513.

il a donc le pouvoir de faire venir la personne dont la présence est utile et il pourra, ensuite, la garder à sa disposition.

On voit combien est large le champ d'investigation ouvert au ministère public et combien sont restreintes les conditions nécessaires à l'exercice de ses pouvoirs. Cela est d'autant plus important que le ministère public possède, le plus souvent, des pouvoirs aussi étendus que ceux du juge d'instruction.

Section II. — CONTENU DES POUVOIRS D'INFORMATION DU PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE COMPARES A CEUX DU JUGE D'INSTRUCTION

N° 252. — On peut, d'une manière générale, distinguer, parmi les pouvoirs d'information, ceux qui portent sur les choses et ceux qui portent sur les personnes. Dans la première catégorie entre tout ce qui a trait à la récolte des pièces à conviction, mais aussi leur interprétation par la voie de l'expertise ; dans la seconde, tout ce qui a trait à l'audition des témoins et de l'inculpé, ainsi qu'à leur éventuelle privation de liberté.

N° 253. — Sauf différences de détail, qui seront notées au passage, il n'y a pas lieu, en règle générale, de distinguer parmi les pouvoirs d'information du procureur de la République entre ses pouvoirs d'enquête d'infraction flagrante et ses pouvoirs d'enquête préliminaire qui sont le plus souvent identiques à partir du moment où les choses ou les personnes qui retiennent l'attention de l'enquêteur sont à sa disposition, soit qu'il ait pu user de pouvoirs coercitifs (enquête d'infraction flagrante), soit que la personne interpellée ait consenti à ce qu'on l'interroge ou à ce qu'on procède chez elle à une perquisition. Mais, si cette identité n'a guère été niée en ce qui concerne les pouvoirs d'investigation du procureur de la République sur les choses, on a, au contraire, prétendu qu'une grande différence existait entre les deux enquêtes quant aux pouvoirs du procureur de la République sur les personnes.

L'idée qu'une différence pouvait exister entre l'enquête d'infraction flagrante et l'enquête préliminaire est, à vrai dire, fortement appuyée par les différences profondes de rédaction existant entre les articles 61 et 65, d'une part, et les articles 77 et 78, d'autre part, différences qui sont très sensibles à deux points de vue. Tout d'abord, et alors que le code est prolixe en matière d'enquête d'infraction flagrante, il est, sur l'enquête préliminaire, d'une brièveté qui confine à l'insuffisance. Certains pouvoirs attribués dans le premier cas ne sont pas mentionnés dans le second, en sorte qu'on a pu douter qu'ils existent (518). En second lieu, et si l'article 63 relatif à la garde à vue pratiquée au cours de l'enquête d'infraction flagrante distingue nettement entre les personnes gardées « pour les nécessités de l'enquête » et celles contre lesquelles il existe des « indices graves et concordants de nature à motiver leur

(518) P. Mimin, La nouvelle enquête policière, *J.C.P.*, 1959, I, 1500.

inculpation », c'est-à-dire entre les témoins et les suspects, l'article 77 relatif à la garde à vue pratiquée au cours de l'enquête préliminaire ne fait pas une semblable distinction.

N° 254. — Les articles 61 et 62 du Code de procédure pénale prévoient que les personnes qui pourraient fournir quelques renseignements relatifs à l'infraction sur laquelle on enquête pourront être entendues en une audition normale indépendante d'une garde à vue ; ils établissent une différence entre ce que M. Lambert appelle l'« audition simple » et « l'audition sous garde à vue » (519). Au contraire, rien de tel n'a été envisagé dans le cadre de l'enquête préliminaire à laquelle ne sont consacrés que quatre articles qui traitent, le premier de considérations générales, le second des perquisitions et les deux derniers de la garde à vue. C'est là, certainement, une mauvaise méthode législative, mais il nous paraît que le silence du code sur l'audition simple n'équivaut pas à une prohibition et cela pour des raisons de bon sens. Tout d'abord, l'enquête préliminaire étant placée sous le signe du consentement de la personne entendue, la force du consentement individuel doit valider tous les actes, mêmes ceux qui ne sont pas prévus expressément. Si donc, une personne interrogée chez elle ou dans la rue, ou même au commissariat de police, mais sans être en état de garde à vue, répond aux questions posées par les enquêteurs, les procès-verbaux de ses réponses pourront figurer au dossier avec ceux des perquisitions. Ce que le procureur de la République ne peut faire, en pareille hypothèse, c'est contraindre la personne interrogée à répondre. Mais, si elle dépose d'elle-même, rien ne s'oppose à ce qu'on reçoive ses déclarations. Le second argument de bon sens est tiré de l'adage « qui peut le plus peut le moins ». Il est hors de doute que les officiers de police judiciaire pourront interroger la personne gardée à vue, l'article 78 renvoyant aux articles 64 et 65 qui emploient à deux reprises le mot « interrogatoire ». On ne voit donc pas pourquoi les officiers de police judiciaire ne pourraient pas entendre librement la personne qu'ils pourraient interroger en état de garde à vue.

N° 255. — Deux catégories de personnes peuvent être gardées à vue au cours de l'enquête d'infraction flagrante. Les témoins ne peuvent être conservés plus de vingt-quatre heures :

Article 63, alinéa 1, du Code de procédure pénale :

> « Si, pour les nécessités de l'enquête, l'officier de police judiciaire est amené à garder à sa disposition une ou plusieurs des personnes visées aux articles 61 et 62, il ne peut les retenir plus de vingt-quatre heures ».

Le suspect, lui, peut être gardé quarante-huit heures :

Article 63, alinéas 2 et 3, du Code de procédure pénale :

> « S'il existe contre une personne des indices graves et concordants, de nature à motiver son inculpation, l'officier de police judiciaire doit la conduire devant le procureur de la République sans pouvoir la garder à sa disposition plus de vingt-quatre heures.
>
> « Le délai prévu à l'alinéa précédent peut être prolongé d'un nouveau délai de vingt-quatre heures par autorisation écrite du procureur de la République et du juge d'instruction ».

(519) Ouv. cité, p. 140.

Au cours de l'enquête préliminaire, aucune précision de cet ordre n'est donnée. Pris au sens littéral, l'article 77 ne prévoit que la garde à vue des témoins puisqu'il emploie la même formule que l'article 63, alinéa 1, mais, d'un autre côté, il envisage la possibilité de prolonger la garde à vue et nous avons vu que cette prolongation n'est prévue, dans l'enquête d'infraction flagrante, qu'à l'égard du suspect :

> « Lorsque, pour les nécessités de l'enquête préliminaire, l'officier de police judiciaire est amené à retenir une personne à sa disposition plus de vingt-quatre heures, celle-ci doit être obligatoirement conduite avant l'expiration de ce délai devant le procureur de la République.
>
> « Après l'audition de la personne qui lui est amenée, le procureur de la République peut accorder l'autorisation écrite de prolonger la garde à vue d'un nouveau délai de vingt-quatre heures ».

Il serait, cependant, tout à fait absurde d'autoriser à retenir un simple témoin quarante-huit heures dans le cadre de l'enquête préliminaire alors que cette rétention n'est possible que pendant vingt-quatre heures dans l'enquête d'infraction flagrante. Dans les deux hypothèses et malgré l'imprécision manifeste du texte, la situation doit être la même : on doit pouvoir retenir à la fois les témoins et les suspects et pendant la même durée.

N° 256. — Bien que les textes ne soient pas d'une clarté parfaite, nous pensons que, les pouvoirs de contrainte exceptés, le procureur de la République bénéficie, en matière d'enquête préliminaire, des mêmes droits sur les personnes qu'en cas d'enquête d'infraction flagrante. Ajoutons, au surplus, que, sauf en ce qui concerne l'obligation pour les officiers de police judiciaire procédant à l'enquête préliminaire, de conduire la personne gardée à vue devant le procureur de la République avant l'expiration du délai de vingt-quatre heures, les détails de la réglementation sont également les mêmes, les articles qui régissent l'enquête préliminaire renvoyant aux articles de l'enquête d'infraction flagrante. Nous ne distinguerons donc pas entre les deux enquêtes dans la comparaison des pouvoirs d'information du procureur de la République et du juge d'instruction.

§ 1. — POUVOIR D'INFORMATION SUR LES CHOSES DU PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE ET DU JUGE D'INSTRUCTION

Les pouvoirs d'investigation sur les choses s'expriment normalement en deux temps : il y a d'abord un transport sur les lieux de l'infraction qui aboutit normalement à une perquisition suivie d'une saisie des objets intéressants.

A) Le Transport sur les Lieux

N° 257. — Le transport sur les lieux est réglementé dans l'hypothèse de l'infraction flagrante par l'article 54 du Code de procédure pénale tandis qu'en matière d'instruction, il est régi par l'article 92 et il y a

entre les deux réglementations une grande parenté qui s'exprime, avant tout, par le but du transport. Dans les deux cas il s'agit de procéder à « toutes les constatations utiles » et d'effectuer des saisies. Les quelques différences de détail qui peuvent exister, comme l'obligation faite à l'officier de police judiciaire de veiller à la conservation des indices susceptibles de disparaître, ne s'expliquent que par les différences des situations et non par une hiérarchie des pouvoirs.

Il y a, d'autre part, une analogie totale quant au lieu du transport du procureur de la République et du juge d'instruction. Tous les deux peuvent, d'abord, outre le ressort de leur propre tribunal, se transporter dans les ressorts des tribunaux limitrophes, à charge d'avertir le procureur du ressort de ce transport (art. 69 et 93). Mais ils peuvent aussi, tous les deux et « en cas d'urgence », donner commission rogatoire ou délivrer des réquisitions formelles à un officier de police judiciaire afin qu'il soit informé sur toute l'étendue du territoire. On ne peut donc nier l'identité qui existe entre les pouvoirs du procureur et ceux du juge d'instruction. Le rapprochement est encore plus évident, en ce qui concerne les perquisitions et les saisies.

B) Les Perquisitions et les Saisies

N° 258. — Le rapprochement entre la situation du procureur de la République et celle du juge d'instruction s'est opéré, en matière de perquisitions et de saisies, au moyen de certains changements réalisés dans la nouvelle rédaction par rapport au Code d'instruction criminelle. Désormais le procureur de la République peut, au cours d'une enquête d'infraction flagrante et en vertu de l'article 56 du Code de procédure pénale, perquisitionner en tous lieux, comme peut le faire le juge d'instruction (art. 94), alors que dans le Code d'instruction criminelle une telle perquisition n'était possible qu'au domicile de l'inculpé (art. 36 C.I.C.). D'autre part, et ceci mérite d'être particulièrement noté, les articles 95 et 96 du Code de procédure pénale relatifs aux modalités de la perquisition effectuée lors de l'instruction, renvoient aux articles 57 et 59 qui règlent la matière dans le cadre de l'enquête d'infraction flagrante. Voilà qui est troublant.

La ressemblance existe aussi quant aux dispositions traditionnelles : seule la personne procédant à la saisie peut prendre connaissance des documents saisis (art. 56, al. 2 ; art. 97, al. 1) ; il doit être procédé à leur inventaire avant de les placer sous scellés (art. 56, al. 4 ; 97, al. 2) ; la saisie n'est maintenue qu'en ce qui concerne les objets et documents indispensables (art. 56, al. 5 et 97, al. 4). Certes, il y a ici encore quelques différences, mais elles ne s'expliquent que parce qu'on n'est pas placé au même stade de la procédure. D'ailleurs, ces différences consistent en garanties ou en avantages accordés à la personne poursuivie (ouverture des scellés), ou aux propriétaires des objets saisis (photocopie ou restitution), et se présentent plutôt comme une diminution des pouvoirs du juge d'instruction par rapport à ceux du procureur de la République.

L'article 76 du Code de procédure pénale prévoit que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces pourront être effectuées au cours de l'enquête préliminaire et l'alinéa 3 de cet article stipule que les formes prévues dans le cas de l'enquête d'infraction flagrante seront applicables. Nous avons déjà vu que ces formes sont les mêmes que celles instituées au cours de l'instruction. Les pouvoirs du procureur de la République sont, ici encore, identiques à ceux du juge d'instruction, sans réserve, bien entendu, du consentement de l'intéressé.

C) L'Expertise

N° 259. — Quant à l'interprétation des choses saisies, la réglementation de l'expertise est une des matières où les problèmes étaient les plus nombreux (520) et dont l'élaboration fut la plus délicate dans le Code de procédure pénale (521), d'ailleurs modifié depuis, sur ce point, par plusieurs ordonnances de 1958 et 1960. L'expertise n'était pas envisagée dans le Code d'instruction criminelle et le décret-loi du 8 août 1935, qui s'y était joint, ne visait pratiquement que le serment des experts et le délai maximum de l'expertise. Désormais, la matière est réglée avec minutie aux articles 156 et suivants et c'est une de celles où les pouvoirs du juge d'instruction sont les plus limités.

Le Code de procédure pénale n'apporte, au contraire, aucune restriction aux pouvoirs accordés au procureur de la République en cas d'infraction flagrante ou de découverte d'une mort suspecte de recourir à des personnes susceptibles de l'éclairer. Les articles 60 et 74 du Code de procédure pénale reprennent en substance les articles 43 et 44 du Code d'instruction criminelle. Certes, le procureur de la République est limité dans ses pouvoirs par les circonstances : il faut, dans l'article 60, qu'il s'agisse de « constatations qui ne puissent être différées » et, dans l'article 74, il ne peut être fait appel qu'à des personnes « capables d'apprécier la nature des circonstances du décès », donc à des médecins. Mais on ne peut nier qu'il s'agisse là de véritables expertises, comme l'atteste l'obligation des personnes appelées de prêter serment de donner leur avis en leur honneur et conscience, formule du serment des experts. Ces expertises au petit pied auront, d'ailleurs, une importance pratique d'autant plus grande que, s'agissant de « constatations qui ne peuvent être différées », les rapports qui seront dressés seront les seuls documents relatifs au fait en question, et que, dans l'hypothèse de l'ouverture postérieure d'une information régulière, aucune constatation effectuée par un expert, au cours d'une expertise normale, ne pourra avoir la même valeur, l'écoulement du temps ayant modifié ou fait disparaître les indices. On peut affirmer que dans ces deux cas, le premier étant d'ailleurs le plus intéressant, le procureur de la République bénéficie de véritables pouvoirs de faire procéder à une expertise sans être aucunement limité ni dans le choix de l'expert, ni dans sa mission et donc que ces

(520) Journées de procédure pénale de Strasbourg (9-10 mai 1958), Travaux publiés par J. Léauté, 1960, p. 39.

(521) A. Besson, Les règles de l'expertise élaborées par le Code de procédure pénale, *D.*, 1960, chr., p. 51.

pouvoirs, justifiés par l'urgence, sont plus importants que ceux du juge d'instruction au cours d'une instruction normale.

Certes, de tels pouvoirs ne sont jamais conférés en cas d'enquête préliminaire et leur domaine est strictement limité à l'enquête d'infraction flagrante, mais nous avons déjà montré quel était le champ d'application très étendu de cette enquête.

§ 2. — POUVOIR D'INFORMATION SUR LES PERSONNES DU PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE ET DU JUGE D'INSTRUCTION

Deux catégories de personnes peuvent intéresser le procureur de la République et le juge d'instruction : ce sont d'une part, les témoins, et, d'autre part, les suspects.

A) Le Procureur de la République, le Juge d'Instruction et les Témoins

N° 260. — Sur le premier point qui concerne les rapport du procureur de la République, du juge d'instruction et des témoins, et bien que le rapprochement soit évident, il semble que la comparaison se solde à l'avantage du juge d'instruction, en ce qui concerne tant l'audition de la personne appelée à témoigner que sa rétention éventuelle, encore que, dans ce dernier cas, les pouvoirs qui sont indirectement accordés au juge d'instruction nous paraissent contestables.

1° *L'audition des témoins.*

N° 261. — En matière d'audition des témoins, un certain pas est fait par le Code de procédure pénale dans le sens d'un rapprochement des pouvoirs du procureur de la République et du juge d'instruction. Tout d'abord, dans le cas de l'enquête d'infraction flagrante, le procureur de la République (art. 62, al. 2), comme le juge d'instruction (art. 109, al. 1), peut contraindre la personne qu'il désire entendre ou faire entendre à comparaître. C'est là une innovation du Code de procédure pénale, le Code d'instruction criminelle donnant seulement au procureur de la République le droit d'« appeler à son procès-verbal » les personnes qu'il voulait entendre, formule vague et qui n'attribuait semble-t-il aucun pouvoir coercitif. Il y a identité aussi, pour une autre formule, nouvelle celle-là, tant pour le juge d'instruction que pour le procureur de la République, en ce que l'article 106 pour le premier et l'article 62, alinéa 3, pour le second prévoient que, désormais, les personnes interrogées reliront elles-mêmes le procès-verbal de leur audition alors qu'autrefois il leur en était donné lecture.

N° 262. — Il n'en demeure pas moins que le juge d'instruction reste, dans une certaine mesure, avantagé. Tout d'abord, si le procureur de la République peut contraindre les personnes appelées à comparaître, il ne peut, comme le juge d'instruction (art. 109, al. 2) les condamner

lui-même à une peine en cas de désobéissance. Cette possibilité lui avait été reconnue au cours des travaux parlementaires par le conseil de la République, mais fut rejetée, à juste titre, par l'Assemblée Nationale. En second lieu, le procureur peut bien contraindre par la force publique, la personne à comparaître, mais il ne peut juridiquement l'obliger à déposer. Au contraire, le juge d'instruction peut condamner, à la même peine que celle qui ne comparaît pas, la personne qui refuse de satisfaire à la citation (art. 109, al. 3). Ensuite, les témoins sont, sauf les mineurs de 16 ans (art. 108), entendus par le juge d'instruction sous serment (art. 103), ce qui confère à leur témoignage une autorité plus grande qu'à ceux recueillis au cours des enquêtes. Enfin, l'article 62, alinéa 3, accorde à la personne entendue par la police le droit de faire mentionner ses observations au procès-verbal, et une telle mesure de défiance n'est pas reprise à l'encontre du juge d'instruction (art. 106).

N° 263. — Mais les enquêteurs bénéficieront tout de même de certains avantages dus aux circonstances de fait dans lesquelles ils se trouvent. Tout d'abord, l'article 101 donne au juge d'instruction, comme l'article 62 aux officiers de police judiciaire, le droit d'entendre « toutes personnes ». Cependant, cette expression n'a pas dans les deux cas la même signification. Pour que le juge d'instruction entende un témoin, il faut qu'il le fasse citer, et, par conséquent, qu'il connaisse l'identité de cette personne. Au contraire, le procureur de la République et les officiers de police judiciaire arrivant sur les lieux d'une infraction vont y trouver une foule anonyme dans laquelle il y aura des témoins, des suspects ou des badauds et ils pourront entendre toutes ces personnes après leur avoir interdit de s'éloigner (art. 61, al. 1), bien qu'ils ne connaissent pas leur identité qu'ils pourront, d'ailleurs, vérifier (art. 60, al. 2). Pour cette raison de fait, le cercle des personnes susceptibles d'être entendues par le procureur de la République est plus étendu que celui des personnes interrogées par le juge d'instruction. Il y a, de même, une différence quant aux conditions de l'audition. L'article 102 du Code de procédure pénale prévoit que les témoins « sont entendus séparément et hors la présence de l'inculpé par le juge d'instruction » et aucune disposition similaire n'est prévue dans les enquêtes. Cela tient aux conditions dans lesquelles elles se déroulent, car un officier de police judiciaire pourra parfaitement entendre des personnes sur les lieux de l'infraction, au milieu des autres assistants et en présence du futur inculpé.

2° *La rétention des témoins.*

N° 264. — Pour la rétention des témoins, nous avons vu que le procureur de la République peut, dans le cadre de l'enquête d'infraction flagrante comme dans celui de l'enquête préliminaire, garder à vue un témoin pendant un délai qui ne saurait excéder vingt-quatre heures. En ce qui concerne le juge d'instruction, il convient de distinguer entre les pouvoirs qu'il exerce lui-même et ceux qui sont exercés sur commission rogatoire par lui donnée.

Rien, dans les textes consacrés à l'audition des témoins par le juge d'instruction, ne l'autorise à les garder à vue. Celui-ci peut bien contraindre une personne à comparaître et à déposer, et la garder

jusqu'à ce qu'elle ait achevé sa déposition, mais rien ne l'autorise expressément à la conserver vingt-quatre ou quarante-huit heures à sa disposition (522).

Au contraire, ce pouvoir semble accordé à celui qui exécute une commission rogatoire du juge d'instruction :

> « Lorsque, pour les nécessités de l'exécution de la commission rogatoire, l'officier de police judiciaire est amené à retenir une personne à sa disposition, celle-ci doit être obligatoirement conduite dans les vingt-quatre heures devant le juge d'instruction dans le ressort duquel se poursuit l'instruction. Après audition de la personne qui lui est amenée, le juge d'instruction peut accorder l'autorisation écrite de prolonger la garde à vue d'un nouveau délai de vingt-quatre heures » (art. 154 C.P.P.).

Il est indiscutable que cette garde à vue ne peut s'exercer qu'à l'encontre des témoins, et cela pour deux raisons. La première c'est que l'article 105 qui, nous le verrons, interdit au juge d'instruction d'entendre comme témoin une personne qui a des chances d'être inculpée, précise qu'il s'applique au cas où la personne entendue l'est sur commission rogatoire, et il est donc certain que l'officier de police judiciaire, exécutant une commission rogatoire, doit surseoir à l'interrogatoire de la personne gardée à vue dès qu'apparaissent des indices graves de nature à motiver l'inculpation. La seconde raison, c'est que l'article 152, alinéa 2, réserve aux seuls magistrats la possibilité d'interroger sur commission rogatoire. Il ne semble pas qu'on ait noté à quel point cet article est surprenant. En effet, si « les magistrats ou officiers de police judiciaire exercent dans les limites de la commission rogatoire tous les pouvoirs du juge d'instruction », ils n'ont que ces pouvoirs et nous avons vu que le juge d'instruction n'a pas celui de garder les témoins à vue. Il paraît alors que l'article 154 procède d'une inattention, les rédacteurs du code ont reproduit les termes des articles prévoyant la garde à vue au cours des enquêtes sans bien se rendre compte de ce qu'ils avaient d'anormal.

Quoi qu'il en soit, et pour nous en tenir à la fois à notre propos et aux textes, nous dirons que le juge d'instruction, procédant lui-même à l'audition des témoins, bénéficie de pouvoirs moins importants que ceux du procureur de la République, puisqu'il ne peut garder un témoin à vue, tandis qu'il bénéficie indirectement de pouvoirs supérieurs lorsqu'il délivre à un officier de police judiciaire commission rogatoire à effet d'entendre un témoi, ce dernier pouvant être gardé jusqu'à quarante-huit heures.

B) Le Procureur de la République le Juge d'Instruction et le Suspect

Dans leurs rapports avec le suspect, le procureur de la République et le juge d'instruction peuvent, d'abord l'interroger, ensuite le priver de sa liberté.

---

(522) La jurisprudence qui avait admis qu'un juge d'instruction peut faire garder un témoin à vue deux jours pour ne l'inculper que le troisième se trouve condamnée par l'article 105, v. ci-dessous n° 265 et note 524.

1° *L'interrogatoire.*

N° 265. — Quant à l'interrogatoire du suspect, l'article 105 du Code de procédure pénale, issu de la jurisprudence (523) et spécialement des décisions survenues dans des affaires retentissantes agitées par la grande presse (524) apporte une disposition nouvelle dans notre droit :

> « Le juge d'instruction chargé d'une information ainsi que les magistrats et officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire ne peuvent, dans le dessein de faire échec aux droits de la défense, entendre comme témoins des personnes contre lesquelles il existe des indices graves et concordants de culpabilité ».

On connaît les profondes différences qui existent entre cette rédaction, qui est celle de l'ordonnance du 13 février 1960, et la rédaction originaire : suppression de la mention « à peine de nullité » et substitution des mots « dans le dessein de faire échec aux droits de la défense » aux termes « lorsque cette audition aurait pour effet d'éluder les garanties de la défense », c'est-à-dire d'un critère d'intention à un critère de résultat. Certes, l'efficacité de la disposition nouvelle se trouve ainsi diminuée, mais elle n'en reste pas moins assez importante, du fait que la nullité peut toujours intervenir sur la base de la violation des droits de la défense même sans mention expresse au texte (525). Il semble donc que, dès qu'apparaissent des indices graves et concordants de nature à justifier l'inculpation, le juge d'instruction doit procéder à cette inculpation. Dès lors, il ne pourra entendre la personne inculpée sans que celle-ci bénéficie des garanties que le Code de procédure pénale a repris de la loi de 1897 et dont les principales sont l'assistance d'un conseil, auquel la procédure antérieure sera communiquée, et la dispense de prêter serment.

N° 266. — Le procureur de la République ne connaît pas de semblables entraves. Nous avons vu, au contraire, que la présence d'indices graves et concordants de nature à motiver l'inculpation, qui oblige le juge d'instruction à inculper, est la seule hypothèse qui autorise la prolongation de la garde à vue pendant un délai de quarante-huit heures (526). Il est cependant hors de doute que la garde à vue a, dans la conception du Code de procédure pénale, un double rôle : retenir la personne et l'interroger, ce deuxième point résultant à l'évidence de l'article 64

---

(523) A. Besson, R. Vouin, P. Arpaillange, ouv. cité, article 105.

(524) Dominici, Crim. 22 juillet 1954, *J.C.P.*, 54, II, 8351, note R. Vouin ; — Fesch, Crim. 16 juin 1955, *J.C.P.*, 55, II, 8851, note R. Vouin.

(525) En ce sens, v. article C 205, de l'instruction générale : « Toutefois, il convient de se reporter tant aux principes généraux de la procédure pénale qu'à l'article 172, alinéa 1, qui prononce la nullité en cas de violation des dispositions substantielles du titre III du livre I^er^ « des juridictions d'instruction » et notamment en cas de violation des droits de la défense. En tout état de cause, il appartiendra aux cours et tribunaux sous le contrôle de la Cour de cassation de décider dans quelle mesure la jurisprudence antérieure aurait éventuellement à se modifier pour tenir compte notamment des nouvelles dispositions de l'article 105 ».

(526) La Cour de cassation a rappelé récemment que l'article 105 du Code de procédure pénale est inapplicable en matière d'enquête de police : Cass. Crim. 17 juin 1964, *J.C.P.*, 1965, II, 14028, note P. C. ; — 27 juillet 1964, *J.C.P.*, 1964, II, 13941, note Le Clère.

qui, nous l'avons déjà noté, emploie à deux reprises le terme « interrogatoire ». Cela n'a jamais été discuté en matière d'enquête d'infraction flagrante. Au contraire, et bien que l'article 78 renvoie aux articles 64 et 65, certains auteurs ont soutenu que l'interrogatoire du suspect n'était pas possible au cours d'une garde à vue d'enquête préliminaire parce que cela serait « choquant » (527). Encore que nous soyons parfaitement d'accord sur ce dernier point, et que nous pensions même que le terme choquant est bien faible pour qualifier une telle pratique, proprement scandaleuse, il n'en demeure pas moins que, rien, dans le code, ne l'interdit et qu'elle est d'ailleurs aussi choquante en matière d'infraction flagrante que d'enquête préliminaire.

Nous voyons donc quelle disproportion énorme existe entre les pouvoirs du procureur de la République et ceux du juge d'instruction quant à l'audition du suspect, et cela, dans la perspective où nous nous plaçons, est d'autant plus important que les suspects ou les coupables avérés « sont d'habitude les personnes les plus aptes à fournir des renseignements sur les faits » (528).

2° *La privation de liberté du suspect.*

N° 267. — La question de la rétention du suspect est liée pour le procureur de la République, en matière de crime flagrant, au problème précédent : interrogatoire et rétention s'épuisent pour lui dans la possibilité de la garde à vue et de son délai maximum de quarante-huit heures. Au contraire, en matière de délit flagrant et lorsque la procédure particulière des articles 393 à 397 est applicable, il peut décerner un mandat de dépôt qui permet de détenir le prévenu jusqu'à sa comparution devant le tribunal. Ces pouvoirs paraissent infiniment moins importants que ceux du juge d'instruction, qui peut décerner toutes sortes de mandats et faire détenir préventivement l'inculpé pendant un délai de quatre mois renouvelable, si l'infraction poursuivie entraîne une peine d'emprisonnement correctionnel supérieure à deux ans pour un délinquant primaire (art. 138 et 139 C.P.P.). Mais cette importante possibilité nous fait sortir du cadre de notre recherche : comparer les moyens dont disposent le procureur de la République et le juge d'instruction pour procéder à l'information. En effet, la détention préventive a des buts multiples, qui font d'elle essentiellement une mesure de sécurité, tandis qu'elle n'est pas à proprement parler un moyen d'information :

> « ... Cette mesure peut apparaître inévitable lorsque l'on peut redouter que le délinquant ne cherche à continuer son activité criminelle ou à disparaître pour échapper au jugement ou à la peine, voire se livrer simplement à des manœuvres pour empêcher le juge d'instruction de parvenir à la manifestation de la vérité... En outre, certaines infractions créent une telle émotion dans l'opinion publique que l'arrestation préventive du coupable peut contribuer au rétablissementt de l'ordre et parfois même protéger utilement l'auteur contre les réactions de vengeance de la victime ou de la foule » (529).

---

(527) B. Bouloc, ouv. cité, n° 315, qui est cependant obligé de concéder : « si au cours d'une enquête préliminaire on arrive à la conviction de la culpabilité d'une personne, peut-on continuer à l'entendre ? aucun texte ne l'interdit ».

(528) L. Lambert, ouv. cité, p. 84.

(529) G. Stefani et G. Levasseur, ouv. cité, t. 2, n° 496.

Il importe donc peu, dans la perspective qui est la nôtre, que le juge d'instruction ait plus de pouvoirs que le procureur de la République.

N° 268. — L'instruction participe à la fois de l'action et du jugement, mais on peut se demander si, dans le Code de procédure pénale, l'ensemble de ces deux attributions reste confié au même agent, si le juge d'instruction reste, comme on a pu l'affirmer « l'instigateur de recherches urgentes et rapides, de mesures brusques et inopinées », ou s'il ne devient pas plutôt et exclusivement « dans la quiétude de son cabinet un fabricant de procès-verbaux » (530).

En ce qui concerne la fonction de recherche, en effet, il nous paraît que le procureur de la République est entièrement affranchi du juge d'instruction quand il s'agit de recueillir des renseignements dans une affaire donnée. Ayant la direction de la police judiciaire, en vertu de l'article 12 du Code de procédure pénale, il pourra, avec des pouvoirs parfois différents, mais dont l'efficacité nous apparaît dans tous les cas considérable, procéder à de véritables informations. Dès lors, le rôle du juge d'instruction va se trouver considérablement modifié lorsque l'instruction est obligatoire, tandis qu'il pourra être plus rare lorsque l'instruction est simplement facultative.

N° 269. — Dans le cas où l'instruction n'est pas obligatoire et sauf l'hypothèse où une mise en détention préventive s'impose, le procureur de la République pourra se dispenser de requérir l'ouverture d'une instruction puisqu'il n'est plus contraint de recourir au juge d'instruction pour rassembler les éléments d'information dans une affaire : il bénéficie personnellement de pouvoirs suffisants pour informer. On devrait donc assister à une augmentation sensible des cas de citation directe et aussi des cas où, usant des pouvoirs que les articles 393 à 397 du Code de procédure pénale ont empruntés à la loi du 20 mai 1863, le procureur de la République décernera un mandat de dépôt contre l'auteur présumé du délit flagrant pour le déférer le lendemain à l'audience du tribunal correctionnel (531). Le Code de procédure pénale permet, en effet, le plein épanouissement de cette procédure spéciale. En 1863, le procureur de la République n'avait pas la possibilité d'enquêter en matière de délit flagrant, la procédure nouvelle ne pouvait donc s'appliquer qu'au seul cas d'un individu pris sur le fait, puisque, dans le cas contraire, il n'était pas possible de le rechercher. Il fallait,

(530) P. Chambon, Le juge d'instruction face au Code de procédure pénale, *J.C.P.*, 1959, I, 1531 b.

(531) J. Catherine (thèse citée, p. 72) notait déjà à l'époque de l'enquête officieuse une augmentation régulière du pourcentage des affaires jugées sur citation directe par rapport au total des affaires poursuivies : 1950, 60 % ; 1951, 61 % ; 1952, 62 % ; 1953, 63 %.

Il est encore plus significatif de noter l'augmentation constante du nombre des citations directes avec un vif accroissement à partir de la mise en application du Code de procédure pénale, alors que pendant la même période le nombre des instructions reste à peu près constant de l'ordre de 85.000 affaires (B. Bouloc, ouv. cité, n° 303 et note 139 b) : 1957, 157.028 ; 1958, 159.465 ; 1959, 187.365 ; 1960, 210.606.

de plus, que l'affaire fût suffisamment simple pour pouvoir être jugée immédiatement, car, pour la même raison, le procureur de la République ne pouvait recueillir les éléments de solution. Une circulaire du Garde des sceaux avait pu, ainsi, inviter les procureurs de la République à n'user de cette procédure qu'avec modération, celle-ci ayant « le grand inconvénient d'empêcher les parquets de recueillir tous les renseignements nécessaires aux tribunaux pour se prononcer en pleine connaissance de cause » (532). Tous ces obstacles ont aujourd'hui disparu et la procédure de jugement des articles 393 à 397 est la suite normale de la procédure d'enquête des articles 53 à 74 : elle est désormais applicable, sous réserve de certains délits particuliers qui sont énumérés limitativement, à tous les délits flagrants au sens que le Code de procédure pénale donne à cette expression et cela dans les meilleures conditions d'efficacité.

N° 270. — Si, maintenant, l'instruction est obligatoire, « elle n'en conservera pas moins sa fonction la plus haute qui est de passer à l'étamine les éléments ainsi recueillis, de les soumettre à la critique d'un magistrat impartial et perspicace et de rendre justice, le cas échéant, à l'innocent injustement soupçonné » (533). Mais c'est là mettre l'accent sur ce que le juge d'instruction est plus juge que magistrat instructeur, plus juge de l'instruction que juge d'instruction, sur ce qu'il cesse d'« être un animateur pour devenir un arbitre » (534). Certes, le juge d'instruction conserve le droit et même le devoir de recommencer les actes d'enquête du procureur de la République (535). Mais, outre que cela risque de ne pas être très facile lorsqu'un temps assez long sépare la commission de l'infraction de l'ouverture de l'instruction régulière, il y aurait là des mesures frustratoires s'il n'y avait pas de raison particulière de douter de la régularité des actes d'enquête.

Le Code de procédure pénale, comme le projet Donnedieu de Vabres, marque l'aboutissement de l'évolution que subit, depuis le Code d'instruction criminelle, la fonction du juge d'instruction. Si, dans la conception du Code d'instruction criminelle, le juge d'instruction n'était qu'un agent d'information chargé de rassembler les preuves, alors que la fonction juridictionnelle était confiée au premier degré, à la chambre du conseil du tribunal correctionnel, et si, depuis la loi du 17 juillet 1856 jusqu'au Code de procédure pénale, le juge d'instruction a été, à lui seul, à la fois l'organe de recherche et la juridiction d'instruction du premier degré, il tend à devenir exclusivement, dans le Code de procédure pénale, un organe délibérant, ainsi qu'en témoigne, d'ailleurs, l'intitulé du chapitre premier du titre III du livre premier du Code de procédure pénale : « Du juge d'instruction, juridiction du premier degré ». Tout ce que l'instruction comporte de recherche et d'action est confié, en pratique, au procureur de la République.

(532) 23 juin 1904, *Bulletin officiel du ministère de la justice*, p. 88.
(533) M. Blondet, ét. citée, *J.C.P.*, 1959, I, 1513.
(534) A. Besson, conférence citée, *R.S.C.*, 1954, 1.
(535) A. Besson, R. Vouin et P. Arpaillange, ouv. cité, art. 80 ; — En sens contraire, B. Bouloc, ouv. cité, n° 345.

CHAPITRE II

LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE ET LA TIMIDITE DU CODE DE PROCEDURE PENALE

N° 271. — Le ministère public est, dans le procès pénal ou civil, la partie publique et il y est, en principe, la seule partie publique car lui seul est apte à exercer les attributions qui lui sont confiées. La règle selon laquelle « tout juge est officier du ministère public » (536) a disparu avec l'ancien droit et il est certain qu'en dehors des cas où il est nécessaire de remplacer un officier du ministère public absent ou empêché, hypothèse qui devient tout à fait exceptionnelle avec la réforme judiciaire de 1958 et la disparition des petits tribunaux, aucun magistrat du siège n'est autorisé à prendre la place du ministère public pour effectuer tel ou tel acte ou requérir telle ou telle mesure. Il est de même évident qu'en dehors des exigences de la subordination hiérarchique, le ministère est tout à fait libre d'exercer comme il le veut ses attributions et qu'une juridiction de jugement ne peut, en aucun cas, lui donner des ordres sur ce point (537).

N° 272. — L'indépendance du ministère public à l'égard des magistrats du siège n'est pas, aussi complète en ce qui concerne l'initiative de son action. Certes, le principe que le ministère public est seul habilité, parmi les autorités de justice, à mettre l'action publique en mouvement, en matière répressive, est bien adopté par les textes napoléoniens. Il est même amusant de noter à ce propos, que le premier de nos codes qui l'ait reconnu n'est pas le Code d'instruction criminelle de 1808, mais le Code civil de 1804, dont les articles 298 et 303 prévoient que, dans l'hypothèse d'un divorce ou d'une séparation de corps prononcés pour cause d'adultère de la femme, celle-ci pourra bien être condamnée, par le même jugement, aux peines prévues pour ce délit par le Code pénal (art. 337), mais à la condition que le ministère public l'ait requis, ce qui dénie aux juges tout droit de saisine personnelle. Il est donc manifestement inexact de prétendre, comme l'ont fait certains auteurs, que la Cour d'appel possède la plénitude de l'action répressive dans son ressort (538). Cette déclaration qui est la transposition de la solution admise dans l'ancien droit et relève, par conséquent, d'une erreur d'ordre historique, serait *a fortiori* erronée pour les autres juridictions répressives.

---

(536) V. ci-dessus, n° 37, a).

(537) V. par exemple, Cass. Crim. 8 décembre 1826, *B.*, n° 250 ; 27 novembre 1828, *B.*, n° 312 ; 6 août 1836, *B.*, 269 ; 17 avril 1846, *B.*, n° 96.

(538) Faustin Hélie, De l'autorité des cours d'appel sur la police judiciaire, *France judiciaire*, t. 8, 1883-1884, p. 287.

Il n'en demeure pas moins que le droit qu'avaient les tribunaux d'ancien régime de mettre d'office l'action publique en mouvement, n'avait pas entièrement disparu de nos codes, étant entendu que cette ingérence du juge ne pouvait être admise qu'autant qu'elle avait été expressément prévue par un texte de loi, et uniquement dans la mesure où elle avait été prévue par ce texte qui, exceptionnel, devait être interprété restrictivement. L'influence des magistrats du siège sur le droit d'initiative du ministère public pouvait, en 1808, s'exercer de trois manières différentes : ou bien la juridiction donnait au ministère public l'ordre d'agir, ou bien elle se saisissait elle-même de faits qui étaient de sa compétence, ou bien, encore, elle saisissait directement une autre juridiction. Mais, dans tous les cas, la juridiction privait le ministère public de son droit d'impulsion.

Le premier mode d'influence des juridictions de jugement sur l'action du ministère public, celui qui consiste à lui ordonner d'agir, subsiste en matière civile, mais il a disparu en matière répressive et ne mérite d'être rappelé que pour mémoire.

N° 273. — Nous avons déjà eu l'occasion de noter que l'article 83 du Code de procédure civile autorise les cours et tribunaux à enjoindre au ministère public de prendre communication des causes dont elles sont saisies, lorsque son avis leur paraît utile (539). Cette disposition marque la seule possibilité pour une juridiction de donner une injonction à un officier du ministère public, car l'article 11 de la loi du 20 avril 1810, qui prévoyait que « la Cour impériale pourra, toutes les chambres assemblées, entendre les dénonciations qui lui auraient été faites par un de ses membres de crimes ou de délits » et qu'« elle pourra mander le procureur général pour lui enjoindre de poursuivre à raison de ce fait, ou pour entendre les comptes que le procureur général lui rendra des poursuites qui seraient commencées », a été abrogé par une loi du 24 février 1934.

Il n'est que de lire cet article, d'ailleurs, pour prendre conscience du caractère exceptionnel de la procédure qu'il instituait et qui nécessitait, pour être mise en œuvre, une dénonciation formelle d'un membre de la cour, une infraction suffisamment grave pour que le président ou, à son défaut, un autre membre de la juridiction, juge qu'il convenait de prendre l'initiative d'une convocation de la cour toute entière, une délibération des chambres assemblées ordonnant au procureur général d'exercer des poursuites, d'abord, et éventuellement de rendre des comptes, ensuite, mais uniquement en ce qui concerne les affaires poursuivies sur l'impulsion de la Cour et non celles mises en mouvement par le ministère public ou la partie civile (540).

Il est curieux de remarquer, en outre, que cette disposition semble avoir toujours été mal comprise. A l'origine, on a confondu cet article, qui permettait à la cour d'appel toute entière, de provoquer de nouvelles poursuites, avec l'article 235 du Code d'instruction criminelle qui auto-

(539) V. ci-dessus, note 312.
(540) Cass. Crim. 12 juillet 1861, *D.*, 1861, 1, 289, rendu dans la célèbre affaire About, v. ci-dessus, note 272, p. 86.

risait la chambre des mises en accusation, mais elle seule, à évoquer les affaires instruites dans son ressort, et l'on a pensé que la Cour d'appel, toutes chambres assemblées, pouvait, elle aussi, évoquer, et qu'elle avait même le devoir de le faire pour les affaires en cours dans son ressort, lorsqu'elles étaient particulièrement graves (541). Au moment de son abrogation, par la loi du 24 février 1934, l'article 11 de la loi du 20 avril 1810, qui n'avait plus été utilisé, en France, depuis 1861, est analysé à la chambre des députés, par le rapporteur de la loi d'abrogation, comme instituant une espèce de privilège de juridiction accordé au magistrat qui aurait souffert d'un préjudice personnel, en sorte qu'on a pu dire que c'est « sans le savoir » que le législateur a abrogé l'article 11 (542). Entre ces deux moments extrêmes, l'article 11 a permis, entre 1810 et 1861, l'intervention des chambres assemblées de la Cour d'appel, et spécialement de la Cour d'appel de Paris, dans une quinzaine d'affaires (543), mais on avait déjà envisagé son abrogation dans le projet de réforme du Code d'instruction criminelle de 1879 (544). Il n'était donc pas question de ressusciter dans la législation récente cette disposition morte depuis longtemps, et qui, dépourvue de sanction, était d'ailleurs pratiquement inefficace.

N° 274. — Le Code de procédure pénale est animé d'une certaine tendance à affranchir le ministère public de l'ingérence des magistrats du siège dans la mise en mouvement de l'action publique. Il apparaît néanmoins empreint d'une certaine timidité lorsqu'on le compare au projet de réforme du Code d'instruction criminelle de 1879, qui attribuait au ministère public, et à lui seul, le droit de mettre en mouvement l'action publique. Si le droit, pour une juridiction de saisir d'elle-même une autre juridiction de faits qui n'ont pas encore été poursuivis disparaît complètement de notre droit, qui marque ainsi un retour certain vers le droit commun de la poursuite par le ministère public, les juridictions d'instruction et de jugement gardent parfois, encore, la possibilité de se saisir elles-mêmes.

Section I. — LES JURIDICTIONS D'INSTRUCTION ET LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE

Le juge d'instruction et la chambre d'accusation possédaient, dans une certaine mesure, sous le régime du Code d'instruction criminelle, le droit de se saisir eux-mêmes et celui d'étendre leurs investigations à des faits et à des personnes non visés dans les réquisitions du ministère public. La première prérogative disparaît avec le Code de procédure pénale, la seconde subsiste, mais plus limitée et autrement définie pour l'une et l'autre juridiction.

(541) Cass. Crim. 13 juin 1850, *B.*, n° 195.
(542), (543) Leloir, Une réforme inaperçue, l'abrogation de l'article 11 de la loi du 20 avril 1810, *R.S.C.*, 1936, 21.
(544) Desjardins, ét. citée, *France judiciaire*, t. 7, 1882, p. 249.

§ 1. — LE JUGE D'INSTRUCTION ET LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE

Le Code de procédure pénale retire au juge d'instruction toute possibilité de se saisir lui-même d'une affaire nouvelle. Mais, en précisant, conformément à la doctrine en vigueur au moment de son élaboration, l'étendue de la saisine qui lui est attribuée, il lui permet d'étendre, dans chaque affaire, le champ de ses investigations au-delà de celui qui lui était ouvert par le réquisitoire introductif du procureur de la République.

N° 275. — Dans le Code d'instruction criminelle, le droit commun voulait que le juge d'instruction ne se saisît point lui-même, mais attendît, pour agir, un réquisitoire introductif du procureur de la République, ou une plainte assortie d'une constitution de partie civile de la victime, et la jurisprudence veillait au respect de ces règles (545). Une dérogation importante était néanmoins admise dans l'hypothèse d'un crime flagrant. Dans ce cas, le juge d'instruction pouvait, non seulement se transporter sur les lieux et procéder aux mêmes actes que le procureur de la République, droit qu'il conserve théoriquement dans le Code de procédure pénale (546), mais encore, par ce transport, ouvrir de sa propre initiative l'instruction régulière (547). Il n'est que de lire l'article 80, alinéa 1, du Code de procédure pénale pour se convaincre de la disparition du droit pour le juge d'instruction de se saisir lui-même :

> « Le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République même s'il a procédé en cas de crime ou de délit flagrant ».

N° 276. — Quant à l'étendue de la saisine, la doctrine ancienne ne s'était pas toujours entendue sur le point de savoir si le juge d'instruction a le droit d'inculper des individus autres que ceux qui lui sont désignés par le procureur de la République (548) et d'instruire sur d'autres faits que ceux qui lui sont soumis et qui lui seraient révélés par la marche de l'instruction (549). Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle de 1879 avait tranché net la question, en refusant au juge d'instruction tout droit de dépasser les termes du réquisitoire introductif aussi bien quant aux faits que quant aux personnes en cause. Mais, après son échec, la doctrine plus récente s'était accordée sur la théorie de la saisine « *in rem* » du juge d'instruction qui lui permet d'inculper de son propre chef toutes les personnes impliquées à

(545) Cass. Crim. 22 juin 1878, *D.*, 1878, 1, 496.
(546) V. ci-dessus, nos 231 et s.
(547) Article 61 du Code d'instruction criminelle : « Hors le cas de flagrant délit, le juge d'instruction ne fait aucun acte d'instruction ou de poursuite qu'il n'ait donné communication de la procédure au procureur... ».
(548) Pour, Faustin Hélie, ouv. cité, t. 4, n° 1621 ; contre, Mangin, ouv. cité, t. 1, n° 18.
(549) Pour, Duverger, Manuel des juges d'instruction, 3e éd., 1862, t. 1, n° 122, v. aussi Rennes, 3 novembre 1887, *D.P.*, 1888, 2, 233 ; Contre, Faustin Hélie, ouv. cité, t. 4, n° 1622 et Mangin, ouv. cité, t. 1, n° 18.

quelque titre que ce soit dans les faits sur lesquels il informe, mais lui interdit d'étendre son instruction à des faits autres que ceux visés dans l'acte de saisine, même s'ils ont été accomplis par les personnes soumises à sa juridiction. C'est bien cette conception qu'adopte l'article 80 du Code de procédure pénale dont les alinéas 3 et 4, nouveaux, précisant, le premier que « le juge d'instruction a le pouvoir d'inculper toute personne ayant pris part comme auteur ou complice aux faits qui lui sont déférés » et, le second, que « lorsque des faits, non visés au réquisitoire, sont portés à la connaissance du juge d'instruction, celui-ci doit immédiatement communiquer au procureur de la République les plaintes ou les procès-verbaux qui les constatent ».

Dans le régime nouveau, le juge d'instruction est donc placé dans l'impossibilité absolue d'agir sans l'impulsion du procureur de la République, mais, une fois saisi, peut inculper des personnes contre lesquelles le procureur de la République n'avait rien requis.

§ 2. — LA CHAMBRE D'ACCUSATION ET LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE

N° 277. — La situation de la chambre des mises en accusation, à l'égard du droit exceptionnel de saisine d'office des juridictions, était fixée, en 1808, par le seul article 235 du Code d'instruction criminelle, ainsi conçu :

> « Dans toutes les affaires, les cours d'appel, tant qu'elles n'auront pas décidé s'il y a lieu de prononcer la mise en accusation, pourront d'office, soit qu'il y ait ou non une instruction commencée par les premiers juges, informer ou faire informer et statuer, ensuite, ce qu'il appartiendra ».

Ce texte, et c'est le moins qu'on puisse dire, n'était pas d'une clarté lumineuse. Une seule chose était certaine, c'est que le droit d'initiative de la chambre des mises en accusation était un droit accessoire de son droit principal d'être la juridiction d'instruction du second degré, et qu'elle ne pouvait l'exercer qu'à l'occasion d'une procédure déjà engagée. La chambre des mises en accusation ne pouvait donc user de ses pouvoirs qu'à partir du moment où elle était saisie (ce qui ne présentait guère de difficulté, car, dans l'hypothèse où cette saisine n'était pas réalisée dans des conditions normales, elle pouvait se saisir elle-même par voie d'évocation) (550) et jusqu'au moment où elle se dessaisissait (c'est ainsi que la chambre des mises en accusation ne pouvait provoquer des poursuites après avoir prononcé la mise en accusation) (551). Mais il y avait bien des incertitudes dans le texte de l'article 235.

On y rencontrait, d'abord, deux impropriétés terminologiques. La première lui fait employer l'expression « cour d'appel » à la place de « chambre des mises en accusation », en sorte qu'on a pu se demander si les droits qui lui étaient reconnus ne devaient pas exister aussi au

(550) V. cependant en sens contraire, Cass. Crim. 4 décembre 1956, *J.C.P.*, 1957, II, 9725, et note P. Chambon.

(551) Cass. Crim. 8 octobre 1929, *Journal du droit criminel*, 1829, p. 325.

profit des autres formations de la Cour d'appel (552). La seconde vient de l'emploi de l'expression « mise en accusation » qui n'est exacte qu'en matière de crime, si bien qu'on aurait dû logiquement limiter, au cas où la procédure initiale était une procédure criminelle, le droit d'initiative de la chambre des mises en accusation, puisque c'est le seul cas où elle peut être amenée à prononcer une « mise en accusation ».

Au fond, le texte n'était pas plus clair. Pris à la lettre, il permettait, semble-t-il, de distinguer deux hypothèses. Dans la première, celle où une instruction était en cours, la chambre des mises en accusation pouvait évoquer l'affaire pour l'instruire elle-même. Dans la seconde, celle où une instruction n'était pas ouverte, elle pouvait « ordonner des poursuites », mais reste à savoir dans quelle mesure. Pouvait-elle ordonner de poursuivre des personnes nouvelles ou seulement les inculpés qui lui étaient déférés à raison de faits nouveaux ? Dans le second cas, les nouveaux faits devaient-ils être le prolongement de l'affaire en cause, ou pouvaient-ils être des faits totalement indépendants découverts par hasard au cours de l'information ? L'article 235 ne le disait pas, mais la généralité de ses termes avait permis à la doctrine de se prononcer pour la conception la plus extensive.

On admettait que la chambre des mises en accusation pouvait, d'office, en vertu de l'article 235 du Code d'instruction criminelle, étendre ses investigations dans l'affaire dont elle était saisie à tous les faits qui s'y rattachaient et à toutes les personnes qui pouvaient y être impliquées (553), ordonner de poursuivre tous les faits indépendants qui pouvaient lui être révélés par l'instruction en cours , évoquer toutes les affaires à l'instruction dans son ressort (554).

N° 278. — Mais cette analyse, conforme au seul article 235, devait se trouver modifiée par une loi du 17 juillet 1856 qui vint décider, en donnant un alinéa 2 à l'article 231 du Code d'instruction criminelle, que, « la cour sera tenue, sur les réquisitions du procureur général, de statuer à l'égard de chacun des prévenus renvoyés devant elle, sur tous les chefs de crimes, de délits ou de contraventions résultant de la procédure ». La combinaison des deux articles permettait alors de dire que la chambre des mises en accusation pouvait, d'office, évoquer les affaires à l'instruction dans son ressort, prescrire de nouvelles poursuites indépendantes de l'affaire dont elle est saisie, étendre les poursuites à d'autres personnes que celles qui étaient d'ores et déjà inculpées ; et, sur les réquisitions du procureur général seulement, étendre l'informa-

(552) Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 528 ; — Mangin, ouv. cité, t. 1, n° 25.
(553) Cass. Crim. 28 mai 1892, S., 1893, 1, 329 et conclusions Baudouin.
(554) Il est à noter que le droit d'évocation ne constitue pas en lui-même une atteinte directe à l'initiative du ministère public, car, dans la mesure où le ministère public a décidé de mettre l'action publique en mouvement, il lui importe peu que l'instruction soit menée par un juge d'instruction ou par la chambre d'accusation. Il lui porte, cependant, une atteinte indirecte, car il est le moyen par lequel la chambre d'accusation peut battre en brèche la liberté d'action du ministère public : si cette juridiction pense que telle ou telle procédure actuellement à l'instruction mérite d'être comprise plus largement et si elle en a la possibilité, elle va évoquer l'affaire pour pouvoir procéder immédiatement à son extension, au lieu d'être obligée d'attendre, pour le faire, d'être saisie d'une manière normale.

tion dont elle était saisie à des faits nouveaux (555). Il reste cependant difficile de ne pas noter l'illogisme qu'il y avait à autoriser la juridiction d'instruction à décider de son propre chef de nouvelles poursuites, alors qu'elle ne pouvait étendre l'information dont elle était saisie à des faits nouveaux que sur les réquisitions du ministère public.

La situation devait rester inchangée jusqu'au Code de procédure pénale, après l'échec du projet de réforme de 1879, qui prévoyait la suppression de tout droit d'initiative de la chambre des mises en accusation.

N° 279. — Le Code de procédure pénale qui n'adopte pas la conception de 1879 ne transpose ni les solutions du Code d'instruction criminelle, ni celle de la loi de 1856. Il reprend la question en des termes beaucoup plus satisfaisants mais aussi plus larges que ceux de 1879, s'ils restent plus étroits que ceux employés par le Code d'instruction criminelle.

L'article 204 du Code de procédure pénale donne à la chambre d'accusation le droit de provoquer, dans l'affaire dont elle est saisie, de nouvelles inculpations. C'est l'application logique de la règle de la saisine « *in rem* » des juridictions d'instruction et la réplique, pour la chambre d'accusation, de l'article 80, alinéa 2, que nous avons analysé à propos du juge d'instruction. Quant à l'article 202, il reconnaît à la chambre d'accusation le droit d'informer sur les faits non compris dans son acte de saisine « d'office ou sur les réquisitions du procureur général », mais à la condition que ces faits « résultent du dossier de la procédure ».

La chambre d'accusation conserve donc, dans le régime du Code de procédure pénale, le droit d'étendre d'office les informations à toutes les personnes qui sont impliquées dans la procédure en cause et elle regagne celui qu'elle avait en 1808 d'étendre d'office l'information à tous les faits qui en dépendent. Elle perd, en revanche, son droit d'évocation personnel (556), ce qui va rendre plus difficile la mise en œuvre de son pouvoir d'extension et son droit de provoquer de nouvelles poursuites, qui constituait l'atteinte la plus sérieuse à l'initiative du ministère public.

---

(555) Cette analyse n'est pas, cependant, celle que donne la doctrine classique, et Faustin Hélie (t. 1, n° 529), qui écrit en 1866, donne des pouvoirs de la chambre des mises en accusation une énumération en tous points semblable à celle que nous avons présentée au vu du seul article 235 (V. aussi, dans le même sens, Baudouin, conclusions citées, *S.*, 1893, 1, 239 et A. Legal, note sous Alger, 2 mai 1947, *S.*, 1948, 2, 149).

Elle paraît néanmoins indéniable, v. en ce sens, Roux, note sous Cass. Crim. 24 août 1911, *S.*, 1914, 1, 113.

(556) La chambre d'accusation ne peut évoquer que sur l'initiative du procureur général qui veut réagir contre la correctionnalisation d'une affaire, V. ci-dessous, n° 319.

Section II. — LES JURIDICTIONS DE JUGEMENT ET LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE

N° 280. — Les juridictions de jugements pouvaient, sous le régime du Code d'instruction criminelle, provoquer la mise en mouvement de l'action publique, soit lorsqu'elles avaient été saisies à tort de faits qu'elles n'étaient pas compétentes pour juger, soit lorsque de nouveaux faits délictueux étaient révélés par les débats à la charge du prévenu ou de l'accusé, soit, enfin, lorsqu'une infraction avait été commise à l'audience. Dans tous ces cas, les solutions données par le Code d'instructino criminelle étaient fragmentaires et le nouveau code se caractérise, par rapport à l'ancien, par une volonté de systématisation ; mais il est animé, aussi, par une certaine volonté d'émancipation du ministère public à l'égard des juridictions de jugement, non poussée toutefois jusqu'à ses extrêmes conséquences.

§ 1. — CAS OU UNE JURIDICTION A ETE SAISIE A TORT DE FAITS QU'ELLE N'EST PAS COMPETENTE POUR JUGER

N° 281. — Dans l'hypothèse où une juridiction a été saisie à tort d'une infraction qu'elle n'est pas compétente pour juger, cette juridiction peut, ou bien renvoyer l'affaire devant le ministère public qui décidera de la nouvelle orientation à lui donner, et cette solution est la seule conforme à la règle qui veut que seul le ministère public puisse mettre l'action publique en mouvement, ou bien, renvoyer elle-même l'affaire devant la juridiction compétente.

Le Code d'instruction criminelle avait adhéré à la seconde possibilité, pour le cas où le tribunal correctionnel était saisi d'un crime : le tribunal correctionnel devait lui-même renvoyer le prévenu « devant le juge d'instruction compétent » (art. 193, al. 1) et la chambre des appels correctionnels appelée à annuler le jugement rendu à tort sur un crime par le tribunal correctionnel, renvoyait directement l'affaire devant « le fonctionnaire public compétent », expression curieuse, mais qui désignait incontestablement le juge d'instruction. Seul le tribunal de police devait, conformément à la règle normale, renvoyer les parties devant le procureur lorsqu'il avait été saisi à tort d'un délit (art. 160).

Cette solution normale est celle que généralise le Code de procédure pénale qui la maintient pour le tribunal de police (art. 540) et l'étend au tribunal correctionnel (art. 469) et à la cour d'appel, au moins lorsque celle-ci est saisie de l'appel d'un jugement correctionnel (art. 519). Le Code de procédure pénale introduit, en effet, une disposition aussi nouvelle qu'inconciliable avec l'esprit restrictif qui devrait l'animer, pour le cas où la cour d'appel est saisie de l'appel d'un jugement d'incompétence du tribunal de police. L'article 549, alinéa 2, décide, à ce propos, que, dans la mesure où elle « constate que le fait poursuivi constitue un délit », la Cour d'appel « prononce la peine et statue, s'il y a lieu, sur les dommages-intérêts ». C'est là lui attribuer un droit d'évocation qui

porte atteinte au droit d'initiative du ministère public. Cette atteinte qui, nous l'avons dit, n'est pas inévitablement liée à l'idée d'évocation, n'existe pas lorsque la cour évoque une affaire qu'elle a annulée pour « violation... des formes, prescrite par la loi à peine de nullité » (art. 520 et 207 C.P.P.), car, si la juridiction inférieure a mal jugé, elle avait été correctement saisie. Elle est, au contraire, incontestable lorsque la Cour d'appel confirme un jugement d'incompétence. Dans cette hypothèse, l'acte initial de saisine n'était pas valable et il faut, pour réprimer les faits en cause, intenter une nouvelle action, totalement indépendante de la première et dont le ministère public devrait, en principe, avoir l'initiative, cette initiative dont le prive, précisément, l'article 549, alinéa 2.

§ 2. — POURSUITE DES NOUVEAUX FAITS REVELES A L'AUDIENCE

N° 282. — Lorsque l'examen d'une affaire par une juridiction de jugement révèle l'existence de nouveaux faits délictueux à la charge de la personne poursuivie, il est, en général, procédé à leur poursuite éventuelle par le ministère public, conformément au droit commun, et la juridiction ne peut, se substituant à lui, mettre l'action publique en mouvement. Le Code d'instruction criminelle avait, néanmoins, dérogé à cette règle en ce qui concerne seulement la Cour d'assises (557), que l'accusé soit condamné ou acquitté, et la Cour de cassation.

Si un accusé était condamné par la Cour d'assises, l'article 379 prévoyait que, dans la mesure où les débats avaient révélé qu'il s'était vraisemblablement rendu coupable d'autres crimes punis de peines plus sévères, ou encore s'il avait des complices en état d'arrestation, la cour ordonnait qu'il soit poursuivi à raison de ces nouveaux faits, tandis qu'il était sursis à l'exécution de l'arrêt de condamnation. Dans l'hypothèse où l'individu était acquitté par la Cour d'assises, mais où les débats avaient révélé un autre fait délictueux à sa charge, l'article 360 du Code d'instruction criminelle prévoyait que le président qui avait prononcé l'acquittement ordonnait, en outre, que la personne soit poursuivie à raison des nouveaux faits et la renvoyait, en conséquence, « devant le magistrat ou la juridiction compétente ». La cour ou le président déclenchaient donc, dans les deux cas, l'action publique eux-mêmes.

Aujourd'hui, l'article 369 du Code de procédure pénale prévoit simplement que :

> « Le président ordonne que l'accusé acquitté soit, par la force publique, conduit sans délai devant le procureur de la République du siège de la Cour d'assises qui doit immédiatement requérir l'ouverture d'une information ».

Le cas de l'accusé condamné n'est plus prévu spécialement et, s'il y a lieu de poursuivre à raison d'autres faits, le ministère public

(557) Pour le refus de ce droit au tribunal correctionnel, V. Cass. Crim. 10 septembre 1836, *S.*, 1837, 1, 508.

le fera dans les termes du droit commun, de ce droit commun auquel l'article 369 revient en ce qui concerne l'accusé acquitté.

N° 283. — Le Code de procédure pénale s'inscrit encore dans la même ligne à l'occasion des dispositions qu'il supprime comme de ses dispositions nouvelles. L'article 494 du Code d'instruction criminelle, qui donnait à la Cour de cassation le droit de mettre en mouvement l'action publique lorsque « dans l'examen d'une demande en prise à partie ou de toute autre affaire » elle apercevait « quelque délit de nature à faire poursuivre criminellement un tribunal ou un juge », n'est pas repris dans le nouveau code et la Cour de cassation doit seulement pouvoir, en pareille occurrence, avertir le ministère public des faits qu'elle découvre. Cette solution est consacrée avec encore plus de clarté par l'article 228 du Code de procédure pénale, entièrement nouveau et qui prévoit qu'une chambre d'accusation, saisie d'une poursuite disciplinaire contre un officier de police judiciaire, doit ordonner « la transmission du dossier au procureur général, à toutes fins qu'il appartiendra », si elle estime que celui qui lui a été renvoyé a commis une infraction à la loi pénale.

§ 3. — LES INFRACTIONS D'AUDIENCE

Les infractions commises à l'audience peuvent être très nombreuses, mais il vaut mieux dissocier l'examen de l'infraction étroitement liée aux débats qu'est le faux témoignage, des autres « délits d'audience », parmi lesquels, d'ailleurs, une autre distinction s'impose.

A) Le faux Témoignage

N° 284. — Dans le Code d'instruction, criminelle, la poursuite du faux témoignage n'avait été envisagée à l'article 330 qu'à propos des preuves devant la Cour d'assises. Désormais elle est envisagée à la fois devant les assises, à l'article 342 du Code de procédure pénale, devant le tribunal correctionnel, à l'article 457, et devant le tribunal de police, l'article 536 renvoyant aux dispositions sur la preuve devant le tribunal correctionnel. Dans les deux cas, d'ailleurs, la procédure est identique et modifie celle établie par le Code d'instruction criminelle. Celui-ci avait instauré, en effet, une procédure particulière : le président faisait mettre le faux témoin en état d'arrestation et il était procédé à l'information sur le champ, le rôle d'officier de police judiciaire étant rempli par le procureur général et celui de juge d'instruction par le président ou un assesseur. Le dossier était ensuite transmis à la chambre des mises en accusation. Cette fois encore, le Code de procédure pénale revient au droit commun et il rend au procureur de la République l'initiative de la poursuite :

> « Le président ordonne que le témoin soit conduit sans délai devant le procureur de la République qui requiert l'ouverture d'une information ».

B) Les Délits d'Audience

N° 285. — Les délits d'audience constituaient, avant le Code de procédure pénale, le cas le plus net du droit de poursuivre d'office des juridictions de jugement et il ne s'agissait plus, comme en droit romain ou dans l'ancien droit, de l'exercice par la juridiction d'un droit de vengeance personnelle (558), mais d'une manifestation de l'intérêt qu'il peut y avoir à réprimer immédiatement les infractions flagrantes. S'il est sûr, contrairement à ce qu'ont prétendu certains auteurs (559), que la réglementation prévue pour la répression des infractions d'audience n'est pas une transposition pure et simple des règles établies pour la poursuite des infractions flagrantes (560), il n'en demeure pas moins que le particularisme des unes et des autres se justifie de la même façon. L'infraction d'audience est, en effet, une infraction flagrante au sens le plus pur du terme (561) et, dans la mesure où elle doit être punie, la juridiction à l'audience de laquelle elle a été perpétrée est certainement la mieux armée pour le faire, en même temps que le trouble causé justifie une répression immédiate. Les textes antérieurs au Code de procédure pénale attribuaient aux juridictions de jugement un droit d'initiative général quant à la poursuite des infractions d'audience. Le Code de procédure pénale conserve certaines des dispositions antérieures s'il en modifie d'autres, mais il est deux sortes de délits d'audience qu'il distingue mieux que ne le faisait le Code d'instruction criminelle :

> « Les premiers sont ceux qui portent gravement atteinte à la majesté et au prestige des magistrats, tout en les mettant hors de mesure de remplir leur tâche. Ainsi en va-t-il du trouble tumultueux et des violences verbales ou matérielles... Mais il existe une autre notion de délits d'audience... il s'agit d'infractions ordinaires n'ayant aucun rapport avec l'exercice de la justice, sinon cette circonstance fortuite qu'elles sont perpétrées dans l'enceinte et pendant la durée de l'audience » (562).

N° 286. — Le droit pour une juridiction de jugement de réprimer sur le champ le trouble apporté à la sérénité de l'audience (vrai délit d'audience) était, avant le Code de procédure pénale, prévu par plusieurs articles du Code de procédure civile, du Code d'instruction criminelle et même de certaines lois particulières, sur le champ d'application respectif desquels la doctrine et la jurisprudence s'interrogeaient. La vérité, déduite d'une correcte application de la théorie des sources du droit (563), était pourtant simple : les textes du Code de procédure civile devaient sanctionner le trouble apporté à l'audience civile, et les textes du Code d'instruction criminelle, le trouble apporté à l'audience répressive, sans que l'on ait à s'interroger sur la généralité ou le sens exact

(558) Henrion de Pansey, ouv. cité, t. 1, p. 216.
(559) Laborde, ouv. cité, n° 998 ; — G. Masson, Les infractions d'audience, thèse, Montpellier, 1932, p. 10.
(560) V. ci-dessus, n°s 230 et s.
(561) V. ci-dessus, n° 237.
(562) H. Aberkane, Les sanctions relatives au témoignage, *R.S.C.*, 1959, 1.
(563) V. ci-dessus, n° 51.

des termes employés par chacun d'eux comme le faisait généralement la doctrine (564).

On aurait dû normalement admettre, en conséquence, que le trouble délictuel de l'audience (565) était prévu par l'article 11 de la loi du 9 septembre 1835, en ce qui concerne la Cour d'assises ; par l'article 505 du Code d'instruction criminelle, en ce qui concerne les autres juridictions répressives ; par les articles 11 et 91 du Code de procédure civile, enfin, pour le trouble apporté à l'audience des juges de paix ou des autres juridictions civiles, encore que cette position n'ait pas été unanimement admise par la jurisprudence (566). Toutes ces dispositions pouvaient montrer des différences de fond (la peine prévue était plus ou moins sévère) et les différences de procédure (le jugement sur l'incident intervenait soit « audience tenante » — art. 11 l. 9 septembre 1835 ; art. 505 C.I.C. et 11 C.P.Civ. —, soit après 24 heures de détention — art. 91 C.P.Civ. —), mais toutes accordaient à la juridiction troublée un droit de saisine d'office et de juridiction personnelle.

Les articles 11 et 91 du Code de procédure civile n'ont pas été modifiés par les textes nouveaux et restent donc intacts pour les juridictions civiles. Quant au Code de procédure pénale, animé par le souci de systématisation que nous avons signalé, il reprend la question à propos de chacune des juridictions répressives. La Cour d'assises (art. 321) et le tribunal correctionnel (art. 404) conservent le droit de saisir et de statuer d'office. Au contraire, les peines sanctionnant le trouble apporté à l'audience du tribunal de police ne pourront être prononcées que par le tribunal correctionnel, saisi par le ministère public (art. 535, al. 2). C'est donc là la seule exception au droit des juridictions civiles et répressives de réprimer elles-mêmes le trouble apporté à leur audience. Les nouveaux textes apportent une restriction plus considérable dans l'hypothèse où il s'agit d'une infraction banale mais commise à l'audience d'une juridiction (faux délit d'audience).

N° 287. — Pour l'hypothèse où une infraction était commise à l'audience d'une juridiction, le Code d'instruction criminelle, selon une méthode qui lui était coutumière, n'avait prévu que des solutions partielles qui toutes portaient atteinte au droit de poursuite du ministère public. Pour le cas où un délit correctionnel avait été commis devant un tribunal correctionnel, l'article 181 imposait un jugement immédiat ; la même

(564) Garraud, ouv. cité, t. 3, n° 1190 ; — P. Fougeyrollas, précis des infractions d'audience, 1933.

(565) La simple perturbation de l'audience permettait, dans tous les cas (art. 89 C.P.Civ. ; 504 C.I.C.) au président de faire expulser le perturbateur, et, en cas de résistance de sa part, de le faire détenir pendant 24 heures à la maison d'arrêt, mais il n'y avait là qu'une mesure de police et non une peine sanctionnant une infraction. L'article 89 du Code de procédure civile subsiste pour les audiences civiles, l'article 504 du Code d'instruction criminelle a été remplacé par les articles 321, 404 et 535 du Code de procédure pénale qui traitent comme un délit toute résistance à un ordre d'expulsion, du moment qu'elle s'est manifestée à une audience répressive.

(566) V. à titre d'exemple, Cass. Crim. 25 juin 1855, *S.*, 1855, 1. 853, qui autorise un juge de paix statuant civilement à appliquer sans désemparer et en vertu de l'article 505 du Code d'instruction criminelle, les peines prévues par l'article 222 du Code pénal pour l'outrage et la violence à magistrat.

solution était donnée par les articles 507 et 508 pour le cas où un crime était commis à l'audience de la Cour de cassation, d'une Cour d'appel ou d'une Cour d'assises, tandis que l'article 92 du Code de procédure civile prévoyait que « si les délits commis (à l'audience d'un juge civil) méritaient peine afflictive ou infamante » ils étaient renvoyés devant le « tribunal compétent » ; dans le cas, enfin, où un crime était commis à « l'audience d'un juge seul ou d'un tribunal sujet à appel » il ne pouvait en connaître lui-même, mais renvoyait de son propre chef les pièces et le prévenu « devant les juges compétents », c'est-à-dire qu'il gardait l'initiative de la poursuite.

Le Code de procédure pénale donne aux articles 675 à 678 des solutions beaucoup plus complètes et cohérentes, marquant un retour certain au droit commun de la saisine par le procureur de la République. Le principe de la saisine d'office et du jugement immédiat est maintenu devant toutes les juridictions en ce qui concerne les contraventions à l'audience. S'il s'agit d'un délit commis devant un tribunal correctionnel ou une cour d'appel, l'article 677, alinéa 1, prévoit qu'il « peuvent » procéder comme en matière de contravention, ce qui permet de penser qu'ils peuvent aussi procéder selon le droit commun et faire conduire l'individu devant le représentant du ministère public, cette dernière procédure étant d'ailleurs obligatoire lorsque le délit est commis à l'audience du tribunal de police. S'il s'agit, enfin, d'un crime, la règle est toujours celle de la conduite du procureur de la République qui fait ouvrir une information. Certes, l'article 92 du Code de procédure civile prévoit toujours que la juridiction civile à l'audience de laquelle un crime a été commis, le renvoie devant « le tribunal compétent », mais le texte ajoute que c'est pour y être « poursuivi et puni suivant les règles établies par le Code d'instruction criminelle ». Comme celui-ci est depuis devenu le Code de procédure pénale et que dans ce nouveau code le crime commis à l'audience est poursuivi par le ministère public, on doit donc en l'occurrence interpréter l'expression « tribunal compétent » comme si elle voulait dire « ministère public ».

N° 288. — Nous voyons donc, dans tous ces cas, une concentration dans les mains du procureur de la République du droit de mettre en mouvement l'action publique. Le jugement d'office n'existe désormais que pour le trouble à l'audience, ce qui est assez compréhensible, et les contraventions commises à l'audience, ce qui s'explique par leur caractère bénin.

Il reste cependant à se demander si ce retour au droit commun de la poursuite par le ministère public est seulement formel, l'officier du ministère public ayant seul compétence pour accomplir l'acte de saisine mais devant nécessairement l'accomplir, ou bien s'il retrouve un droit d'initiative personnelle véritable.

La question reste posée dans l'absolu car à côté des textes qui édictent que le dossier est transmis au ministère public « à toutes fins qu'il appartiendra » (art. 228 C.P.P.), il en est d'autres qui affirment que le ministère public « doit immédiatement requérir l'ouverture d'une information » (art. 369 C.P.P.) ou prévoient simplement que « la peine sera prononcée par le tribunal correctionnel saisi par le ministère public »

(art. 535, al. 2, C.P.P.). Il paraît donc qu'on ne peut pas donner de réponse d'ensemble, mais qu'il faut considérer chaque cas particulier.

Le Code de procédure pénale a donc partiellement manqué à sa volonté de systématisation, de même qu'il n'est pas allé jusqu'au bout de son désir de faire du ministère public la seule autorité de justice susceptible de mettre l'action publique en mouvement. Cette position reste néanmoins dans la ligne de sa conception d'ensemble du ministère public, qui lui fait aussi garder le silence sur le droit pour celui-ci d'apprécier l'opportunité de la répression.

CHAPITRE III

L'APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DE LA REPRESSION ET LE SILENCE DU CODE DE PROCEDURE PENALE

N° 289. — Lorsque le procureur de la République est averti par une plainte, une dénonciation ou un procès-verbal de police, ou encore, par la transmission d'un dossier d'enquête, qu'une infraction paraît avoir été commise, il doit avant tout s'efforcer de donner aux faits qui lui sont relatés une qualification juridique. S'il ne peut reconnaître dans les faits rapportés la définition d'une infraction précise, il doit classer sans suites les documents qu'il a reçus car, en droit français, les faits qui ne peuvent se voir appliquer une qualification légale ne sont pas susceptibles de poursuite même s'ils heurtent les exigences les plus élémentaires de la morale en même temps qu'ils choquent la conscience populaire. Si le procureur de la République réussit, au contraire, à trouver la qualification adéquate, il a, par là même, et sous réserve de l'existence d'un fait justificatif ou d'une immunité, mis en évidence l'élément légal de l'infraction en question. Mais il doit encore s'assurer que l'élément matériel et l'élément moral existent avec suffisamment de vraisemblance pour permettre la mise en mouvement de l'action publique.

Il n'y a pas, en général, de grandes difficultés en ce qui concerne l'élément matériel, les agissement du prétendu coupable étant décrits avec des détails suffisants dans le document transmis. Au contraire, il arrive que la mise en évidence de l'élément intentionnel ne soit pas aisée, ce qui est fréquent par exemple, dans les infractions qui causent un dommage moral à leur victime et spécialement pour tous les délits qui touchent au mensonge. Le classement sans suites s'imposera au procureur de la République si l'élément matériel fait défaut ou si, l'élément matériel se trouvant démontré, un doute sérieux subsiste sur l'existence de l'élément moral.

Le procureur de la République peut enfin être appelé à classer sans suites les documents se rapportant à des infractions qui, bien que légalement constituées, en apparence, ne sont pas susceptibles d'être immédiatement poursuivies parce qu'un obstacle s'oppose à la mise en mouvement de l'action publique (nécessité d'une plainte, d'un avis ou d'une autorisation préalables, nécessité de la solution préalable d'une question préjudicielle à l'action) (567). Ce faisant, le ministère public apprécie la légalité de la poursuite.

---

(567) G. Stefani et G. Levasseur, ouv. cité, t. 2, n°s 415 et s.

N° 290. — Une fois que le procureur de la République a acquis la conviction qu'une infraction a bien été commise et qu'aucun obstacle juridique n'empêche de la poursuivre, deux solutions sont concevables en droit. Ou bien le procureur de la République est effectivement tenu de poursuivre cette infraction, ou bien il bénéficie d'un certain pouvoir d'appréciation qui lui permet de classer sans suites les documents relatifs à des infractions réelles mais dont la poursuite lui paraît inopportune.

La question de l'option entre un système de légalité de la poursuite et un système qui autorise le ministère public à se faire juge de l'opportunité de la répression (568), a été très discutée dans les congrès internationaux, depuis la première session de l'union internationale de droit pénal tenue à Bruxelles les 7 et 8 août 1889 (569) jusqu'au dernier congrès de La Haye des 24-30 août 1964 (570), en passant par le cinquième congrès international de droit pénal de Genève de 1947 (571) et le congrès inter-américain de Mexico des 13-20 juillet 1963 (572). Elle semble, au contraire, avoir suscité, au moins en France, fort peu d'études particulières (573) et il n'est pas certain qu'on ait défini avec certitude ce qu'il faut entendre par opportunité de la répression. Cette définition donnée, il faudra encore dégager la solution adoptée sur ce point par le droit positif.

Section I. — L'APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DE LA REPRESSION

N° 291. — La première précision doit, en effet, être d'ordre terminologique, car la question risquerait d'être obscurcie par l'expression traditionnelle d'appréciation de l'opportunité de la « poursuite » dans la mesure où l'on admet avec nous que la poursuite c'est l'ensemble des actes du ministère public qui vont de la mise en mouvement de l'action publique jusqu'au règlement définitif de l'affaire (574). Nul ne peut douter que durant tout le procès pénal et sous réserve des exigences de la subordination hiérarchique, le ministère public soit libre d'apprécier l'opportunité de requérir ou non tel ou tel acte d'information, de déposer ou non tel ou tel réquisitoire, d'exercer ou non telle ou telle voie de recours, encore que Roux soit seul parmi la doctrine à rattacher cette

(568) Sur le sens de cette expression, V. ci-dessous, n° 291.
(569) Bulletin de l'Union internationale de droit pénal, t. 1, 1890, p. 138 et s.
(570) La troisième question inscrite à l'ordre du jour était « le rôle des organes de poursuite dans le procès pénal ». V. les rapports nationaux et le compte rendu du colloque préparatoire, tenu à Bruxelles du 25 au 27 novembre 1963, *Rev. Int. Dt Pén.*, 1964, n°s 3 et 4.
(571) Actes du congrès, 1952.
(572) Le thème du congrès était « le ministère public ». Un seul rapport a jusqu'à présent été publié, celui de M. Graven, Organisation et fonction du ministère public en Suisse, *R.S.C.*, 1964, 54.
(573) D. Treyvaud, Légalité ou opportunité de la poursuite pénale, thèse, Lausanne, 1961.
(574) V. ci-dessus, n° 114.

dernière possibilité à l'appréciation de l'opportunité de la « poursuite » sainement entendue (575).

On trouve un excellent exemple de cette liberté de mouvement laissée au ministère public dans l'article 84, alinéa 4, du Code de procédure pénale, qui prévoit qu'« en cas de plainte avec constitution de partie civile insuffisamment motivée ou insuffisamment justifiée par les pièces produites, le juge d'instruction peut... être saisi de réquisitions tendant à ce qu'il soit provisoirement informé contre toutes personnes que l'instruction fera connaître ». Ce texte est indiscutablement une manifestation de l'inopportunité qu'il peut y avoir à imposer les désagréments d'une poursuite en règle à quelqu'un qui a de fortes chances de bénéficier d'une décision de non-lieu. Si le procureur estime que les charges relevées par le plaignant à l'encontre du prétendu coupable sont trop vagues, il requiert le juge d'instruction d'ouvrir une information contre toutes personnes que l'instruction fera connaître. De ce que l'instruction est ouverte contre inconnu, il résulte que la personne visée par la plainte sera traitée, non comme un inculpé, mais comme un témoin ordinaire, entendu dans les formes de droit commun prévues aux articles 71 et suivants du Code de procédure pénale, c'est-à-dire après serment et sans l'assistance d'un conseil. Mais, si cette façon de procéder est moins déshonorante qu'une inculpation véritable, elle est aussi plus dangereuse. C'est pourquoi l'article 104 du Code de procédure pénale introduit dans notre droit une disposition nouvelle : le juge d'instruction doit donner connaissance de la plainte déposée à la personne qu'il se propose d'entendre comme témoin et l'avertir qu'elle peut demander à être inculpée pour bénéficier de toutes les garanties attachées à cette qualité. Si elle en décide ainsi, cette personne ne pourra être entendue que comme inculpé car, par sa décision, elle a détruit l'inopportunité qu'il pouvait y avoir à l'inculper sur de vagues soupçons, de même que la personne qui dépose une plainte détruit l'inopportunité qu'il y aurait à poursuivre certaines infractions en dehors d'une décision de leur victime immédiate (576).

Il semble que la même possibilité soit laissée au procureur de la République en cas de plainte ordinaire puisque l'article 80, alinéa 2, du Code de procédure pénale décide, d'une façon générale, que « le réquisitoire peut être pris contre personne dénommée ou non dénommée ». Mais la personne visée bénéficie-t-elle alors de la garantie de l'article 104 ? On pouvait le penser avec la rédaction originaire du texte, qui visait la « plainte », sans précisions, et telle était bien l'opinion des commentateurs (577). Mais l'ordonnance du 4 juin 1960 à substitué à ce mot l'expression « plainte assortie d'une constitution de partie civile ». Dans le cas d'une plainte simple, le réquisitoire contre X n'est donc plus une faveur, mais comporte un grave danger pour la personne visée, en ce qu'il constitue une atteinte caractérisée aux droits de la défense.

(575) Ouv. cité, t. 2, p. 191.
(576) V. ci-dessous, n° 297.
(577) A. Besson, R. Vouin et P. Arpaillange, ouv. cité, article 104.

N° 292. — On n'a donc jamais contesté le fait que le ministère public doive être juge de l'opportunité de la poursuite, une fois qu'il a mis l'action publique en mouvement. Ce qu'on a discuté, au contraire, c'est le seul point de savoir si le ministère public peut, pour des raisons d'opportunité, soustraire un coupable à la justice ou s'efforcer de le faire punir moins sévèrement. Mais le ministère public ne se fait pas, alors, juge de l'opportunité de la « poursuite », au sens exact du terme, mais juge de l'opportunité de la « répression », expression que nous préférons employer.

Ceci étant, les éléments de cette appréciation de l'opportunité de la répression doivent être déterminés ainsi que la nature juridique de l'opération.

§ 1. — LES ELEMENTS DE L'APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DE LA REPRESSION

N° 293. — Apprécier l'opportunité de la répression est une opération délicate dans laquelle deux séries d'éléments entrent en jeu. Il est, d'abord, des éléments qui peuvent être déterminés par le ministère public seul, et d'autres qui doivent lui être fournis de l'extérieur ; il est, d'autre part, des éléments individuels qui se rattachent à la personne et à l'infraction poursuivies et des éléments généraux qui tiennent compte de l'influence qu'exercera sur l'ordre social, en général, la répression ou, au contraire, l'impunité du coupable présumé.

N° 294. — Le premier élément individuel susceptible d'être apprécié par le ministère public, seul, est la recherche de l'influence qu'aurait la sanction éventuelle sur la personne même du délinquant qui lui est soumis. Les opinions des pénalistes ont beaucoup évolué depuis l'époque où Treilhard pensait que « c'est un malheur que l'impunité d'un crime ». Les déclarations de spécialistes des questions pénitentiaires ont depuis longtemps attiré l'attention sur les dangers psychologiques des courtes peines d'emprisonnement, tandis que les sociologues insistaient sur les difficultés du reclassement social des détenus après leur libération (578). Ces considérations ont amené, au moins à l'étranger, une floraison d'institutions destinées à lutter contre ce double inconvénient.

En France, le sursis simple, introduit par une loi du 26 mars 1891 et réglementé, aujourd'hui, par les articles 734 à 737 du Code de procédure pénale, et le sursis avec mise à l'épreuve, institué par le Code de procédure pénale (art. 738 à 747), consistent, une fois la culpabilité reconnue et la peine prononcée, à dispenser le condamné de l'exécuter. Ils ont, ainsi, remédié au premier ordre de difficultés, celui qui tient à l'influence criminogène de l'emprisonnement à court terme

(578) C. Germain, Le sursis et la probation, Conférence faite le 20 mai 1954 à la Société internationale d'études des sciences criminelles et pénitentiaires (Strasbourg, 18-22 mai 1954), *R.S.C.*, 1954, 631.

(579). Mais ils n'ont apporté aucune solution quant aux conséquences sociales d'une condamnation à la détention. C'est pourquoi certaines législations étrangères ont instauré un système de sursis au prononcé de la peine, après la reconnaissance de la culpabilité (580). La dernière, en date, de ces lois étrangères est la loi belge du 29 juin 1964 (581). Ce texte prévoit, outre un sursis simple et un sursis avec mise à l'épreuve qui se rapprochent beaucoup de ceux que connaît le droit français, une suspension simple ou avec mise à l'épreuve du prononcé de la condamnation après que la prévention a été établie. Mais ces solutions sont encore insuffisantes en ce qu'elles laissent subsister la trace de l'infraction et l'infamie qui se rattache à la déclaration de culpabilité, et risque de nuire à la réinsertion sociale de la personne poursuivie.

N° 295. — Il en irait autrement si l'on pouvait suspendre, non seulement l'exécution de la peine et son prononcé, mais encore la poursuite elle-même, et le droit comparé nous propose des formes plus ou moins libérales de renonciation ou sursis à la poursuite. En Belgique, et sur l'initiative de M. le procureur général Bekaert, une expérience de « sursis à poursuivre » a été tentée dans le ressort de la Cour d'appel de Gand et paraît y avoir donné d'excellents résultats : des délinquants « intéressants », qui n'avaient pas d'antécédents pénitentiaires et n'avaient commis que des infraction peu graves ont évité même la comparution en justice, en acceptant de se soumettre à un certain nombre de conditions, au premier rang desquelles figurait un accord avec leur victime et l'acceptation d'une surveillance préventive (582). On peut, néanmoins, se demander si le vote de la loi du 29 juin 1964 qui n'institue qu'un

---

(579) Les officiers du ministère public traditionnellement chargés d'assurer l'exécution des peines (art. 32, al. 3, et 707 C.P.P.) ont même parfois tenté d'obtenir, en marge de la loi, un résultat analogue en dispensant, sous certaines conditions, les condamnés à des peines d'emprisonnement fermes, d'exécuter leurs peines. V. M. Reboul, Grandeur et misères de l'expérience toulousaine de la probation, *R.S.C.*, 1954, 497 ; — M. Caleb, L'expérience lilloise de la peine différée, *R.S.C.*, 1956, 453 ; — P. Grimal, Une expérience du parquet de Mulhouse, *R.S.C.*, 1958, 479 ; — P. Cannat, Les expériences tentées en matière d'exécution des courtes peines d'emprisonnement, *R.S.C.*, 1954, 146.

(580) R. Berger, Le système de probation anglais et le sursis continental, thèse, Genève, 1953 ; — H. Poupet, La probation des délinquants adultes en France, 1955 ; — La probation (régime de mise à l'épreuve) et les mesures analogues, Etudes faites sous le patronage de l'O.N.U. en 1951 ; — Cycle d'études européen sur la probation, effectué sous le patronage de l'O.N.U., Londres, 20-30 octobre 1952 et compte rendu par R. Vienne, *R.S.C.*, 1953, 63.

(581) V. le texte de la loi, *Rev. Dt Pén.*, 1964-1965, 796 et P. Van Dooghenbroeck, *Rev. Dt Pén.*, 1964-1965, 733 ; — P. Cornil, Sursis et probation (loi belge du 29 juin 1964), *R.S.C.*, 1965, 51.

(582) H. Bekaert, Une expérience de « probation » (1), discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Gand, le 15 septembre 1948, *Rev. Dt Pén.*, 1948-1949, p. 1. V. aussi la circulaire du procureur du Roi, R. Charles, du 19 mai 1951, *Rev. Dt Pén.*, 1951-1952, p. 523.

(1) Il faut préciser que le mot « probation » est employé inexactement ici : « On s'accorde généralement aujourd'hui à considérer que l'application du terme probltion se limite aux mesures qui correspondent à une définition qui comporte quatre éléments essentiels : 1° la probation est une méthode de traitement des délinquants, c'est-à-dire *des personnes dont la culpabilité a été établie ;* 2° la probation est une méthode dont l'application se fonde sur la sélection ; 3° la probation implique *la suspension conditionnelle de la peine ;* 4° la probation comporte une surveillance et un traitement (Etudes faites par l'O.N.U. en 1951).

sursis après déclaration de culpabilité (583) ne condamne pas cette pratique d'une légalité contestable dès avant la promulgation de la loi nouvelle. En Pologne, le projet de réforme de la procédure pénale rapporté par M. Rappaport prévoyait que le ministère public pourrait se contenter de donner au prévenu un avertissement consigné sur les registres du parquet et y demeurant mentionné durant deux années, à l'issue desquelles il serait radié si le coupable avait fait preuve de bonne conduite (584). De même, le système britannique antérieur au Criminal justice act de 1948, qui est encore aujourd'hui celui de quelques-uns des Etats-Unis d'Amérique, permettait à la Couronne de se dispenser de poursuivre si le coupable prenait l'engagement de ne pas enfreindre certaines obligations (585), (586).

En France, et faute de texte particulier, l'influence néfaste qu'une répression aveugle est susceptible d'exercer sur tel ou tel délinquant ne peut donner lieu qu'à une absence de poursuite pour des raisons d'inopportunité. Directement inspirée à l'idée qu'il faut individualiser la répression, cet élément de l'appréciation de l'opportunité de la répression, exerce certainement une très grande influence sur la décision du ministère public, mais il n'est pas le seul dont celui-ci doit tenir compte.

N° 296. — A côté de cet élément individuel, le ministère public doit encore rechercher quel va être pour l'ordre social et en particulier du point de vue de la prévention, l'effet de la répression plus ou moins sévère de telle ou telle catégorie d'infraction. Toute une série de considérations qu'il est impossible d'énumérer avec précision entrent alors en ligne de compte. On peut retenir à titre d'exemple l'application que font les parquets de l'adage « *de minimis non curat prætor* » en matière d'infractions contre les biens. On sait que les parquets ne poursuivent d'office les infractions d'émission de chèque sans provision que si le montant du chèque émis dépasse un certain taux fixé arbitrairement par chaque parquet pour son ressort, mais appliqué également pour tous les dossiers. On sait aussi que les escroqueries de peu d'envergure et les abus de confiance mineurs ne sont poursuivis qu'après que le délinquant ait été invité à désintéresser la victime dans un certain délai et qu'il ait refusé de se mettre en règle dans le délai imparti (587). On sait, enfin, que le ministère public s'abstient souvent de poursuivre des infractions qui apportent un trouble léger à l'ordre public lorsque la mise en évidence de leurs éléments constitutifs est délicate. Il en est ainsi de presque toutes les infractions à la législation commerciale et, en particulier, à la réglementation des sociétés par actions qui nécessitent, pour

(583) V. ci-dessus, n° 294.

(584) La réforme de la procédure pénale en Pologne dans ses rapports avec le Code pénal de 1932, *R.S.C.*, 1937, 163.

(585) Depuis le Criminal justice act, le droit anglais ne prévoit plus qu'un système de probation véritable après reconnaissance de la culpabilité. V. sur tous ces points, H. Poupet, thèse citée.

(586) V. également sur l'ensemble de ses questions : R. Vouin, La probation ou mise à l'épreuve et le procès de répression, *Rev. Dt Pén.*, 1956-1957, p. 967 ; — Y. Marx, La probation, état actuel et aspects sociaux, *Rev. Pénit.*, 1955, 729.

(587) M. Rolland, ét. citée, *J.C.P.*, 1957, I, 1342.

être révélées, des expertises comptables longues, compliquées et coûteuses, dont on préfère laisser la charge à la partie lésée (588).

En dehors de ces éléments individuels et généraux qui peuvent être appréciés par le ministère public seul et qui doivent être recherchés à propos de toutes les poursuites, il existe, pour des hypothèses plus particulières, des éléments d'appréciation qui doivent être fournis au ministère public soit par la victime, sait par d'autres personnes.

N° 297. — Il faut, en effet, rattacher tout d'abord à l'idée d'appréciation de l'opportunité de la répression, la plupart des obstacles à l'exercice de l'action publique que nous avons énumérés à propos de l'appréciation par le ministère public de la légalité de la poursuite (589) et dont les principaux tiennent à la nécessité d'une plainte ou d'une autorisation préalables.

En principe, le procureur de la République n'est jamais lié par la décision de la victime (personne publique ou privée, collectivité ou particulier) pour intenter ou s'abstenir d'intenter des poursuites, mais il en est autrement dans certaines situations. Ces situations sont celles où l'ordre public n'est que médiocrement intéressé mais qui, en tous cas, touchent de trop près aux intérêts privés pour que le ministère public puisse agir librement. Il en est ainsi, par exemple, de l'adultère, de l'injure ou de la diffamation, de la contrefaçon de brevets d'invention, pour les personnes privées ; de toutes les infractions où entrent des éléments techniques (contributions directes, enregistrement, contrôle des changes, sécurité sociale) difficilement appréciables par le ministère public, pour les collectivités publiques.

Dans tous ces cas, il paraît clair que, si le ministère public doit classer tant qu'il n'a pas reçu de plainte, c'est parce que des poursuites seraient inopportunes, dans la mesure où la victime de l'infraction manifeste par son silence qu'elle entend pardonner une offense à ses stricts intérêts personnels, et une poursuite engagée du chef d'une de ces infractions est irrégulière si elle est exercée sans plainte préalable de la victime, qu'il s'agisse d'une personne privée (590) ou d'une administration (591). Dans ce second cas, cependant, la procédure pourrait être régularisée, *a posteriori*, dans l'hypothèse où la pousuite aurait été étendue à d'autres faits que ceux visés par la plainte initiale (592), alors qu'une régularisation de cet ordre est impossible dans le premier cas (593). Le nouveau code a d'ailleurs étendu le domaine de ce classement obligatoire au cas où la victime retire sa plainte. Aux termes de l'article 6, alinéa 3, du Code de procédure pénale, l'action publique est éteinte « au cas de retrait de la plainte lorsque celle-ci est une condition de la poursuite », et il s'agit là de la généralisation d'une solution qui n'était auparavant qu'exceptionnelle. Mais il n'en demeure pas moins qu'une fois la plainte déposée, le ministère public retrouve toute sa liberté d'appréciation et

(588) J.-C. Laurent, Le classement sans suites, *Rec. Dt Pén.*, 1948, 97.
(589) V. ci-dessus, n° 289.
(590) Cass. Crim. 2 décembre 1948, *S.*, 1950, I, 80.
(591) Cass. Crim. 5 août 1948, *J.C.P.*, 1949, II, 4770, note A. Colombini.
(592) Cass. Crim. 16 janvier 1964, *D.*, 1964, J, 194, note J. M.
(593) Cass. Crim. 5 août 1948, précité.

que, dans la mesure où il peut apprécier l'opportunité de la répression, il doit pouvoir s'abstenir de déclencher l'action publique.

La plainte de la victime est, sans doute, dans cette seconde série, l'élément essentiel de l'appréciation du ministère public, mais la plupart des obstacles qui peuvent s'opposer à la mise en mouvement de l'action publique jouent un rôle identique, qu'il s'agisse de l'ordre écrit du Ministre de la Justice pour la mise en mouvement de l'action publique contre les infractions de la compétence de la Cour de sûreté de l'État (art. 698, al. 4, C.P.P.), de la nécessité d'une plainte de la partie offensée ou d'une dénonciation officielle par l'autorité étrangère pour la poursuite des délits commis à l'étranger (art. 191 C.P.P.) ou de l'autorisation de l'assemblée dont fait partie un membre du parlement qu'il s'agit de poursuivre ou d'arrêter, en matière criminelle ou correctionnelle, pendant la durée des sessions (art. 26 const. 4 octobre 1958).

N° 298. — A ces éléments de solution fournis au ministère public à propos de telle ou telle infraction, il faut, enfin, ajouter des considérations générales qui, à propos d'une catégorie d'infractions ou même de l'ensemble de la répression, peuvent être fournies au ministère public par le gouvernement. La gravité de certaines infractions est nécessairement différente selon qu'on l'envisage en elle-même ou par rapport à la situation générale, et l'organisation hiérarchique du ministère public permet au gouvernement de porter à la connaissance du ministère public les exigences de cette situation générale en matière répressive. On sait que même de *lege ferenda*, cette influence gouvernementale est parfaitement légitime (594). Si nul autre que le ministère public ne doit s'immiscer dans l'appréciation de la légalité de la poursuite, il n'en est pas de même de l'opportunité de la répression et des circulaires ministérielles destinées à guider les officiers du ministère public dans cette appréciation de l'opportunité sont tout à fait nécessaires.

L'appréciation de l'opportunité de la répression est donc une opération complexe, plus complexe même qu'on ne le pense généralement alors qu'on a tendance à ne considérer comme en faisant partie que l'appréciation des éléments que le ministère peut rechercher seul. Mais, de ce point de vue encore, la qualification juridique que l'on donne à l'opération n'a peut-être pas été correctement définie.

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DE L'APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DE LA REPRESSION

N° 299. — Les discussions internationales ont traditionnellement opposé les deux systèmes de la légalité de la poursuite et de l'opportunité de la répression comme reposant sur « des conceptions différentes du droit de punir » (595). Les auteurs considèrent, d'autre part, l'appréciation de la légalité et l'appréciation de l'opportunité comme deux démarches

(594) V. ci-dessus, n° 196.
(595) J. Graven, Compte rendu du cinquième congrès international de droit pénal de Genève, *Rev. Int. Dt Pén.*, 1947, numéro spécial, p. 46.

successives du ministère public, totalement indépendantes l'une de l'autre (596), l'appréciation de l'opportunité de la répression répondant uniquement à « des contingences matérielles, parfois d'ordre politique et toujours d'ordre pratique » (597), extra-juridiques en tous cas.

Cette analyse n'est peut-être pas entièrement satisfaisante, car, pour y souscrire, « il faudrait être sûr que le vœu de la loi et l'exécution de la loi soient l'exercice de l'action publique par la poursuite intentée toujours, en toutes circonstances et à tout prix » (598). A défaut de cette conviction, on est amené à penser qu'appréciation de la légalité de la poursuite et appréciation de l'opportunité de la répression sont deux modes complémentaires d'une interprétation unique de la loi pénale, et à introduire à côté de l'idée de qualification légale, celle d'une qualification morale qui, associée à la première, invite le ministère public à poursuivre ou à s'abstenir de le faire. Chargé de faire respecter la loi pénale, le ministère public ne doit pas seulement s'attacher à son sens littéral, comme le soutient une fraction de la doctrine, qui affirme que l'évolution contemporaine du droit pénal est inconciliable avec la règle « *nulla pœna sine lege* » (599). Il doit l'interpréter, pour déterminer quel est le meilleur moyen de la défendre, et ce moyen peut éventuellement consister à ne pas l'appliquer au cas particulier (600). La considération de la loi n'est donc pas étrangère à l'appréciation de l'opportunité de la répression. Il n'y a pas deux opérations distinctes, l'une liée à la loi, l'autre sans rapports avec elle, mais deux branches d'une même opération intellectuelle. Il n'en demeure pas moins que la seconde branche est moins évidente que la première et qu'un système juridique donné peut fort bien la proscrire, l'autre paraissant, au contraire, intangible. Le lien entre les deux questions est clairement manifesté par le rôle reconnu à certains obstacles à l'exercice de l'action publique qu'on analyse traditionnellement avec l'appréciation de la légalité de la poursuite, alors qu'ils sont, en réalité, des éléments de l'appréciation de l'opportunité de la répression (601).

N° 300. — Cette définition du rôle du ministère public quant à la décision de poursuivre met nettement en lumière le rapprochement qui existe entre cette démarche et celle qu'accomplit, pour juger, le juge de jugement. Si le ministère public qui sait qu'une infraction a été commise peut décider qu'elle ne sera pas poursuivie, il « se constitue juge... de la suffisance ou de l'insuffisance des charges... juge de la question de savoir

(596) D. Treyvaud, thèse citée ; — F. Clerc, A propos des controverses en Suisse sur les principes de l'opportunité et de la légalité des poursuites, *Rev. Pén. Suisse*, 1948, 161.

(597) F. Clerc, Rapport d'ensemble au congrès de Genève, *Rev. Int. Dt Pén.*, 1947, 46.

(598) R. Vouin, ét. citée, *J.T.*, 1953, 81.

(599) L. Julliot de la Morandière, De la règle « *nulla pœna sine lege* », thèse, Paris, 1910, p. 48.

(600) V. en ce sens, Gény, Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif, 1919, t. 2, p. 293, qui déclare que rien n'impose une interprétation de la loi pénale plus rigoureuse que celle de la loi civile.

(601) V. ci-dessus, n°s 289 et 297.

s'il y a lieu ou non à suivre » (602), il s'immisce dans la fonction de jugement, pour reprendre l'expression de Cambacérès (603).

Cela ne signifie pas, bien entendu, que la décision de classement sans suites que prend le procureur de la République est un acte juridictionnel, en tant que tel, susceptible de recours et doué de l'autorité de la chose jugée. Classer sans suites consiste à laisser sans solution positive un document qui relate une infraction (604), mais ce n'est là qu'une technique. Le classement sans suites n'a donc pas seulement à intervenir lorsque le procureur de la République a la possibilité de ne pas poursuivre une infraction probable, mais aussi, lorsque certainement dépourvu de tout pouvoir d'appréciation, il ne met pas l'action publique en mouvement parce qu'il ne peut pas le faire, dans l'hypothèse, par exemple, où les faits rapportés dans la plainte qui lui est transmise ne présentent même pas l'apparence d'une infraction.

Comme rien ne justifie que l'on traite différemment le classement sans suites selon la raison qui l'a inspiré, comme il n'est pas certain que le procureur de la République puisse classer sans suites les documents qui se rapportent à une infraction susceptible d'être poursuivie et comme, enfin, même s'il a ce pouvoir, sa décision ne fait que se rapprocher de celle du juge sans s'identifier à elle, le classement sans suites de droit commun est unanimement considéré comme un acte d'administration judiciaire, totalement dépourvu de valeur juridictionnelle (605) et, par conséquent, insusceptible de recours et dénué de toute autorité négative de la chose jugée (606).

N° 301. — Avec la loi du 8 octobre 1943, modifiant l'article 373 du Code pénal, relatif à la dénonciation calomnieuse, il a pu paraître, au contraire, qu'une certaine autorité positive était reconnue à la décision de classement sans suites (607). L'alinéa 3 de l'article 373 permet, en effet, d'intenter une action en dénonciation calomnieuse, non seulement lorsque les faits dénoncés ont donné lieu à un « jugement ou arrêt d'acquittement ou de relaxe » ou à « une ordonnance ou arrêt de non-lieu », mais encore lorsque la dénonciation a été suivie d'un simple classement de la part de l'autorité compétente pour leur donner suite, donc un classement du parquet lorsque les faits dénoncés étaient susceptibles de sanction pénale. Le problème reste cependant posé de savoir

(602) Ortolan, ouv. cité, t. 2, n° 2039.
(603) V. ci-dessus, n° 50.
(604) J.-C. Laurent, ét. citée, *Rec. Dt Pén.*, 1948, 97.
(605) On a pu penser que quelques cas particuliers de classement sans suites prévus par des textes récents avaient valeur juridictionnelle. V. à ce propos les cas de classement prévus par l'article 8, alinéa 4, de l'ordonnance du 2 février 1945, relative à l'enfance délinquante et les articles 2, alinéa 1, et 21 des ordonnances des 30 septembre et 28 novembre 1944, réprimant certains faits de collaboration et analysés par A. Vitu, Le classement sans suites, *R.S.C.*, 1947, 505).
(606) Cass. Crim. 6 juin 1952, *B.*, n° 142 : « Attendu... que le ministère public a le libre exercice de l'action publique et qu'il peut mettre cette action en mouvement même dans le cas où il a d'abord laissé la plainte sans suites sans être tenu d'attendre la survenance de charges nouvelles ».
(607) Y. Guyon, De la dénonciation calomnieuse en cas de classement sans suites de la plainte portée contre la personne dénoncée (art. 373 du Code pénal), *J.C.P.*, 1965, I, 1895.

si les différents actes énumérés par l'alinéa 3 de l'article 373, mis par lui sur le même plan pour donner ouverture à l'action en dénonciation calomnieuse, doivent avoir la même autorité sur les juges saisis du fond de l'affaire.

Il est indiscutable que le juge statuant sur la dénonciation calomnieuse ne peut considérer comme vrais des faits déclarés faux par une décision de justice antérieure, investie, par conséquent, de l'autorité positive de la chose jugée. On peut, au contraire, se demander s'il ne convient pas de lui reconnaître cette faculté lorsqu'on ne lui représente qu'un classement sans suites émanant du parquet. Tel a bien été l'avis des juridictions inférieures (608). Mais quelques Cours d'appel (609) et la Cour suprême ont adopté la solution inverse (610). La Cour de cassation a ainsi affirmé, dans une formule particulièrement nette du dernier arrêt rendu par elle sur la question, que les juges n'ont pas le droit de refuser de tenir compte d'un « classement sans suites décidé par le procureur de la République dans des conditions exclusives de toute incertitude ou ambiguïté ». Mais cette solution, qui contribue à rapprocher la décision de classement sans suites du parquet des jugements proprement dits, ne laisse pas, néanmoins, d'être infiniment critiquable. Il est, en effet, « surprenant et même inquiétant » (611) de voir une juridiction de jugement obligée de s'incliner devant une décision aussi fragile qu'un classement sans suites, qui n'a pas à être motivé et ne lie jamais l'officier qui l'a prise (612). De plus, la solution de la Cour de cassation poussée jusqu'à ses conséquences logiques imposerait de reconnaître la même valeur obligatoire aux décisions de classement prises, par exemple, par un employeur auquel on aurait dénoncé de prétendues malversations d'un de ses employés.

N° 302. — Si donc les actes du ministère public ne sont jamais, au sens plein de l'expression, des actes juridictionnels, il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où le ministère public a le droit de ne pas poursuivre une infraction qui paraît légalement constituée, sa décision se rapproche des actes du juge en ce qu'elle statue sur la gravité juridique, sociale et morale de l'acte qui lui est soumis et dont il soustrait l'auteur à la justice. Cela permet de comprendre sinon d'approuver la position prise par le Code de procédure pénale sur la question de l'appréciation de l'opportunité de la répression. Il faut, en effet, rechercher maintenant si, et dans quelle mesure, le ministère public possède, en droit positif, cette liberté d'appréciation.

(608) Trib. Correct. Cherbourg 10 novembre 1953 et sur appel, Caen, 10 mars 1954, *J.C.P.*, 1954, II, 8140 ; — Trib. Correct. Mirecourt, 22 décembre 1953, *G.P.*, 1954, 1, 273 ; — Trib. Correct. Lille, 9 octobre 1954, inédit, analysé par L. Hugueney, *R.S.C.*, 1956, 114 ; — Amiens, 24 novembre 1955, *D.*, 1956, som., 113 ; — Trib. Correct. Fougères, 2 octobre 1956, inédit, analysé par L. Hugueney, *R.S.C.*, 1957, 139.

(609) Rouen, 19 mai 1948, *D.*, 1948, som., 35 ; — Bordeaux, 27 avril 1944, *G.P.*, 1944, 2, 6 ; — 15 mai 1952, *D.*, 1952, J, 512 ; *R.S.C.*, 1952, 612, obs. L. Hugueney.

(610) Cass. Crim. 9 mars 1950, *S.*, 1951, 1, 153, note L. Hugueney ; — 22 décembre 1958, *B.*, n° 765 ; *R.S.C.*, 1959, 681, obs. L. Hugueney.

(611) Note précitée, L. Hugueney, *S.*, 1951, 1, 153.

(612) V. ci-dessus, n° 300 et note 606.

Section II. — L'APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DE LA REPRESSION EN DROIT POSITIF

La question de la possibilité pour le ministère public d'apprécier l'opportunité de la répression reste partiellement posée en législation, le Code de procédure pénale muet sur le principe et défavorable dans les applications, laissant subsister un doute qui ne peut être levé qu'à la lumière du droit antérieur.

§ 1. — L'OPPORTUNITE DE LA REPRESSION ET LE CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

Le Code d'instruction criminelle paraissait dominé, quoi qu'en ait pensé la doctrine classique, par le principe de la légalité de la poursuite. Le devoir du ministère public, tel qu'il avait été originairement conçu, semble bien avoir été de poursuivre toutes les infractions dont il avait connaissance. Les considérations d'opportunité ne devaient apparaître, pour inciter au classement sans suites de certaines affaires que bien plus tard, mais elles devaient aussi prendre, dans la pratique, une importance de premier plan.

A) Les Textes et leur Interprétation

N° 303. — Du pouvoir accordé au ministère public de classer sans suites, pour des raisons d'opportunité, les documents qui lui rapportaient des infractions légalement constituées, il n'était question nulle part directement dans le Code d'instruction criminelle. On pouvait, au contraire, trouver un indice de refus de toute liberté d'appréciation dans les articles 47, 64 et 70 de ce code.

L'article 47 décidait que « hors le cas de flagrant délit, le ministère public sera tenu de requérir le juge d'instruction qu'il en soit informé » ; l'article 64 imposait au procureur de la République l'obligation de transmettre au juge d'instruction, avec son réquisitoire, la plainte à lui adressée ; l'article 70 imposait, symétriquement au juge d'instruction compétent pour connaître d'une plainte, de la communiquer au procureur, qui devait la renvoyer avec ses réquisitions. Tous ces textes rédigés en termes impératifs semblaient trancher la question et interdire au procureur de la République de surseoir aux poursuites et c'est bien là l'interprétation qu'en donnaient les auteurs dont les écrits ont immédiatement suivi la promulgation du Code d'instruction criminelle (613). Cette manière de voir ne devait pas, cependant, dominer longtemps en doctrine et les auteurs classiques se sont faits forts de démontrer que les

(613) Bourguignon, Manuel d'instruction criminelle, 1810, aux articles en question ; — Carnot, ouv. cité, t. 1, p. 295 ; — Le Graverend, Traité de la législation criminelle de France, 3e éd., 1830, par Duvergier, t. 1, p. 192 ; — Thézard, ouv. cité, p. 18.

articles 47, 64 et 70 du Code d'instruction criminelle ne tranchaient pas la question du pouvoir d'appréciation du ministère public, mais celle des rapports du procureur de la République et du juge d'instruction. Ces articles auraient été, sur ce point, une réaction contre l'Etat de droit établi par les textes révolutionnaires.

Le droit intermédiaire prescrivait que l'autorité saisie d'une plainte ou d'une dénonciation procède, elle-même, à l'instruction de l'affaire (614). Lors de l'élaboration du Code d'instruction criminelle, il fut convenu de faire une scission nette entre la mise en mouvement de l'action publique et l'instruction, la première étant confiée au ministère public et la seconde au juge d'instruction (615). C'est cette scission que matérialiseraient, dans l'esprit de la doctrine, les articles 47, 64 et 70. S'ils décident que le ministère public est « tenu » de saisir le juge d'instruction, ce n'est pas pour signifier que celui-ci ne bénéficie d'aucun pouvoir d'appréciation, c'est pour marquer que, s'il veut poursuivre un crime, il doit obligatoirement saisir le juge d'instruction, car il ne peut plus, désormais, procéder lui-même à l'instruction de l'affaire. Et la doctrine de conclure que le silence du code et des travaux préparatoires laisse le ministère public libre de mettre, ou non, l'action publique en mouvement (616).

N° 304. — L'argumentation est bien fragile et cette analyse des articles 47, 64 et 70 du Code d'instruction criminelle paraît pour le moins tendancieuse. Le droit intermédiaire prévoyait bien que les officiers chargés de recevoir les plaintes et les dénonciations devaient procéder eux-mêmes à l'instruction, mais il insistait, avant tout, sur le fait que ces officiers ne bénéficiaient d'aucun pouvoir d'appréciation et devaient obligatoirement suivre sur toutes les plaintes et dénonciations (617). Cette obligation était d'ailleurs sanctionnée, en cas de refus, par un recours porté devant une autre autorité judiciaire (618). Quel est, dès lors, le sens des articles 47, 64 et 70 du Code d'instruction criminelle ? Il est douteux. Les travaux préparatoires sont, sur la question, ou bien muets ou bien inutilisables, les seuls propos qui pourraient nous éclairer ayant été prononcés à propos des droits de la partie civile, ce qui suffit à les

(614) Articles 6 et 7 du titre V de la loi des 16-23 septembre 1791 : « L'officier de police qui aura reçu une plainte recevra également la déposition des témoins produits par l'auteur de cette plainte ; il sera tenu aussi d'ordonner que les personnes et les lieux seront visités et qu'il en sera dressé procès-verbal ».

V. dans le même sens les articles 94, 95 et 97 du Code de brumaire an IV et l'article 7 de la loi du 7 pluviose an IX.

(615) Locre, ouv. cité, t. 24, p. 123.

(616) Mangin, ouv. cité, t. 1, n° 17 ; — Faustin Hélie, ouv. cité, t. 1, n° 514 ; — Trébutien, ouv. cité, 2e éd., t. 2, p. 84 ; — Massabiau, ouv. cité, t. 1, n° 1885 ; — Garraud, ouv. cité, t. 1, n° 152 ; — Le Poittevin, Code d'instruction criminelle annoté, article 1, n° 118 ; — Donnedieu de Vabres, ouv. cité, n° 1091 ; — P. Bouzat, Traité théorique et pratique de droit pénal, 1951, n° 861.

(617) Article 3, titre V, de la loi des 16-29 septembre 1791 : « Si le dénonciateur signe la dénonciation et l'affirme, l'officier de police sera tenu d'ordonner aux témoins qu'il indiquera, de venir faire devant lui leur déclaration ».

Dans le même sens, article 4 du code de brumaire an IV.

(618) Articles 12 et 20, titre V, de la loi des 16-29 septembre 1791 ; article 7 du code de brumaire an IV.

entacher d'ambiguïté (619). Certes, Faustin Hélie fait remarquer que le Code d'instruction criminelle ne prévoit plus, comme le faisait le droit intermédiaire, un recours de la partie plaignante, en cas d'inaction du ministère public. Mais cet argument n'est pas déterminant, car l'organisation hiérarchique du ministère public, inconnue du droit révolutionnaire, permet toujours à une personne mécontente de l'inaction du procureur de la République, de s'adresser aux supérieurs hiérarchiques de cet officier, même en l'absence d'une mention expresse dans les textes.

Il est probable, ainsi que l'affirme la doctrine classique, que les articles 47, 64 et 70 du Code d'instruction criminelle ont eu pour but essentiel de marquer la séparation de la poursuite et de l'instruction. Mais n'ont-ils eu que celui-là ? Le fait qu'ils emploient la même expression (« sera tenu ») que le droit intermédiaire pourrait incliner à penser qu'ils décident aussi, comme l'ont écrit les premiers commentateurs, que le ministère public est privé de tout pouvoir d'appréciation. En dehors de ces trois articles traditionnellement cités, bien d'autres peuvent encore confirmer ce point de vue. Ainsi, par exemple, l'article 27, qui enjoint au procureur de la République de donner au procureur général avis des délits « aussitôt qu'ils parviennent à sa connaissance », ou l'article 249, qui prévoit l'expédition hebdomadire d'une notice de « toutes » les affaires criminelles, correctionnelles ou de simple police.

N° 305. — Sur le seul vu des textes, la décision est très incertaine et Faustin Hélie l'a bien senti, qui conclut avec une prudence extrême :

> « Ainsi donc, l'esprit du Code est que le ministère public ait la faculté de délibérer sur les dénonciations et les plaintes qui lui sont portées et d'apprécier l'opportunité et le fondement des poursuites, et les articles que nous avons cités ne s'opposent pas d'une manière absolue à l'application de cette règle » (620).

Mais cette conclusion prudente est encore excessive, car, si les travaux préparatoires sont inutilisables, nous possédons des déclarations non équivoques et réitérées de Treilhard qui avait participé aux débats du Conseil d'État et qui fut chargé, ensuite, de présenter le projet de Code d'instruction criminelle au corps législatif :

> « ... Aucun crime, aucun délit, aucune contravention ne doit rester sans poursuite... le premier vœu de la loi est que toute infraction des règles soit connue, soit poursuivie, soit jugée,... le premier livre du Code d'instruction criminelle qui vous est actuellement soumis pourvoit sagement à ce qu'aucun crime, aucun délit, aucune contravention ne reste sans poursuite » (621).

On ne saurait mieux dire, ni plus clairement, qu'une fois le ministère public parvenu à la conviction qu'une infraction a bien été commise, il a le devoir de la poursuivre, sans avoir le droit de s'interroger sur l'opportunité de la répression. Cette position est d'ailleurs, quoi qu'en pense Faustin Hélie, conforme à l'esprit de la législation napoléonienne, législation de rigueur, qui avait pour préoccupation essentielle d'assurer,

(619) V. ci-dessous, n° 308 et Locre, ouv. cité, t. 24, p. 147.
(620) Ouv. cité, t. 1, n° 515.
(621) Locre, ouv. cité, t. 25, p. 344.

de la façon la plus complète, la répression de toutes les infractions, ainsi qu'en témoignent les nombreux remèdes que prévoyait le Code d'instruction criminelle à l'inaction éventuelle du ministère public (art. 235 et 274 C.I.C. ; art. 11, l. 20 avril 1810). Accorder au ministère public le droit d'être juge de l'opportunité de la répression est une idée trop moderne, qui ne pouvait venir à l'esprit des rédacteurs du Code d'instruction criminelle.

N° 306. — Si l'esprit comme la lettre du Code d'instruction criminelle condamne l'appréciation par le ministère public de l'opportunité de la répression, il est tout aussi vain d'affirmer, avec un courant doctrinal à peu près permanent, de Robillard à M. le procureur général Bekaert, que le silence du Code d'instruction criminelle n'est pas une condamnation, que « cette prérogative a sa source dans l'humanité, la raison, la force des choses et le bien public » (622) et qu'« il est conforme aux principes prétoriens qui régissent l'instruction criminelle de considérer que la mise en œuvre (de l'appréciation de l'opportunité de la répression) n'est point interdite par la loi » (623). L'illégalité de l'appréciation de l'opportunité de la répression, dans l'optique du Code d'instruction criminelle, ne semble pas faire de doute.

B) L'Application du Code d'Instruction criminelle

N° 307. — L'habitude de classer sans suites des documents relatifs à des infractions que rien n'empêchait de poursuivre devait se répandre très vite dans les années qui suivirent immédiatement la promulgation du Code d'instruction criminelle, encouragée par les circulaires de la chancellerie et admise par la jurisprudence.

Dès 1817, une circulaire du ministère de la justice invite les procureurs du Roi à procéder à des classements sans suites plus nombreux, car « ils ont trop multiplié les informations et les poursuites d'office sur des plaintes légères, quelquefois même insignifiantes, qui n'intéressent pas essentiellement l'ordre public » (624). Le 8 décembre 1826, la Chambre criminelle de la Cour de cassation décide, en reprenant les termes du réquisitoire qui lui était soumis, lui-même visiblement inspiré de la circulaire de 1817, que :

> « ... La cour royale a méconnu et restreint les attributions du ministère public et faussement interprété l'article 47 du Code d'instruction criminelle en dénonçant en principe que le procureur du Roi ne peut se dispenser de requérir qu'il soit informé sur les dénonciations qui lui sont transmises... le législateur n'a pu vouloir astreindre les officiers du ministère public à diriger des poursuites d'office... sur toutes les plaintes, même les plus légères et les plus insignifiantes... » (625).

(622) Robillard, ouv. cité, note 1, p. 56.
(623) H. Bekaert, ét. citée, *Rev. Dt Pén.*, 1948-1949, p. 1.
(624) 8 mars 1817, Gillet, ouv. cité, t. 1, n° 1152.
(625) *B.*, n° 250.

Une circulaire ministérielle du 29 janvier 1828, enfin, pose, nettement le principe de la liberté d'appréciation du ministère public :

> « Il appartient au ministère public d'examiner librement s'il y a lieu ou non de donner suite aux dénonciation qui lui sont portées... le ministère public qui est chargé de veiller au maintien de l'ordre public et d'assurer la paix de la société, décide seul si cet ordre ou cette paix ont été troublés et si, par conséquent, il est nécessaire ou convenable d'intenter une action publique » (626).

N° 308. — Il serait cependant excessif de conclure que, dès cette date, la chancellerie et la jurisprudence reconnaissaient d'une façon générale au procureur de la République le droit de se faire juge de l'opportunité de la répression. Le but qu'elles poursuivaient était bien différent. Si la chancellerie souhaite une diminution du nombre des poursuites d'office, c'est parce que celles-ci n'ont souvent « d'autre but que de satisfaire des passions ou des haines particulières, ou de procurer, aux dépens de l'Etat, et sans aucune utilité pour l'ordre public, la réparation de quelques torts légers que les particuliers auraient éprouvés dans leur personne, leur honneur ou leur propriété » (627). Quant à la jurisprudence, elle n'est guère appelée à se prononcer que dans l'hypothèse où le ministère public a refusé de donner suite à une plainte de la victime, celle-ci ayant seule intérêt à saisir les tribunaux de ce refus, l'officier de police judiciaire et le tiers dénonciateur manquant à la fois de la qualité et de l'intérêt nécessaires pour intenter une action en justice, lorsque le procureur de la République n'a pas donné suite à son procès-verbal ou à sa dénonciation.

Le but premier des circulaires ministérielles et de la jurisprudence de 1826 est donc simplement de régler les rapports du ministère public et de la victime de l'infraction et de poser le principe de l'indépendance du premier à l'égard de la seconde. C'est bien là le sens de l'argument de « majesté » de l'arrêt de 1826, argument si souvent mal compris (628). La liberté d'action du ministère public n'est pas envisagée dans son ensemble et pour elle-même ; elle n'est perçue qu'à travers le prisme déformant des droits de la victime. Il ne s'agit pas de donner au ministère public le droit de ne pas poursuivre certaines infractions dont la répression pourrait être inopportune, mais de le dispenser du devoir de poursuivre toutes les infractions qui lui sont dénoncées par leur prétendue victime, ce qui sous-entend bien, d'ailleurs, qu'il est, en principe, obligé d'agir.

Le résultat de l'adoption de ce principe d'indépendance ne sera d'ailleurs pas nécessairement l'impunité de l'infraction, car les circulaires de la chancellerie laissent clairement voir qu'elles entendent, par le conseil de modération qu'elles donnent aux officiers du ministère public, inciter la victime de l'infraction à en rechercher elle-même la sanction, en se constituant partie civile. Si même une impunité en résulte, elle n'est pas comprise comme un bien, ce qui est le cas lorsqu'on accorde au ministère public le droit d'apprécier l'opportunité de la

(626) Gillet, ouv. cité, t. 1, n° 2135.
(627) Circulaire du 8 mars 1817.
(628) J.-C. Laurent, ét. citée, *Rec. Dt Pén.*, 1948, 97.

répression, mais comme un mal nécessaire, la conséquence malheureuse mais inéluctable d'un principe plus important à sauvegarder. C'est qu'il était encore trop tôt. L'idée qu'il peut être opportun de ne pas réprimer certains faits qui contreviennent à la loi pénale, directement inspirée de celle qu'il faut individualiser la répression, ne devait guère apparaître avant la fin du XIX^e siècle. Mais son développement devait être extrêmement rapide.

N° 309. — A la veille du Code de procédure pénale, en effet, « la lettre par laquelle le ministère public invite le présumé coupable à indemniser la victime, celle par laquelle il demande aux services de police de l'admonester, celle qui lui prescrit de se mettre en règle dans le plus bref délai » (629), étaient la pratique courante dans les parquets, mais, surtout, on y procédait chaque jour, pour des raisons d'opportunité, à d'innombrables classements sans suites inconditionnels.

Telle était donc la situation que pouvaient observer les rédacteurs du Code de procédure pénale : le classement sans suites dans l'hypothèse d'une répression inopportune, d'une illégalité probable, à s'en tenir au seul Code d'instruction criminelle, était passé en force de coutume juridique et le législateur en avait même reconnu la validité pour certaines poursuites particulières (630). Le nouveau code se devait d'envisager la question de l'appréciation par le ministère public de l'opportunité de la répression, car :

> « Il importe d'opérer par la loi l'option entre le système de la légalité et le système de l'opportunité des poursuites, le problème étant trop important pour être abandonné à la coutume ou à l'usage judiciaire » (631).

On était en droit de s'attendre non seulement à ce que le législateur consacre le principe lui-même. On pouvait même supposer qu'il introduirait dans notre droit des institutions que nous avons vu fonctionner à l'étranger, comme, par exemple, le sursis à poursuivre.

§ 2. — L'OPPORTUNITE DE LA REPRESSION ET LE CODE DE PROCEDURE PENALE

N° 310. — « Il convient de signaler tout particulièrement la consécration donnée par le Code de procédure pénale à ce principe de droit coutumier » (632) ont écrit en substance, dès la promulgation du Code

(629) M. Rolland, ét. citée, *J.C.P.*, 1957, I, 1342.
(630) V. ci-dessus, note 605.
(631) Première proposition du rapporteur d'ensemble (F. Clerc) au V^e congrès international de droit pénal de Genève (28-30 juillet 1947).
V. Actes du congrès et J. Graven, compte rendu, *Rev. Int. Dt Pén.*, 1947, numéro spécial, p. 46.
Plusieurs législations européennes prennent ainsi position : la législation allemande (art. 152, al. 2, C.P.) en faveur de la légalité de la poursuite, les codes pénaux italiens (art. 74) et néerlandais (art. 167, al. 2) en faveur de l'opportunité.
(632) J. Granier, Juris-classeur de procédure pénale, articles 1 à 5.

de procédure pénale, la majorité de ses commentateurs (633). Cette position semble difficilement soutenable alors que les rédacteurs du Code de procédure pénale eux-mêmes, sont les premiers à reconnaître que :

> « L'appréciation de l'opportunité des poursuites n'est pas expressément admise par le Code de procédure pénale » (634).

Celui-ci déçoit, en effet, toutes les espérances. Si, dans le principe, le procureur de la République garde la possibilité d'apprécier l'opportunité de la répression, bien que l'esprit du code soit manifestement défavorable à l'absence de poursuite, certains actes du ministère public qui peuvent être considérés comme des applications de ce principe sont expressément condamnés.

A) Le Code de Procédure pénale et le Principe de la Liberté d'Appréciation du Ministère public

N° 311. — Le Code de procédure pénale dit seulement, à l'article 40, alinéa premier, que :

> « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner ».

Cette formule, neutre, accorde bien au ministère public le droit de classer sans suites les plaintes, les dénonciations et les procès-verbaux de police visés à l'alinéa 2 du même article, mais elle ne donne aucune précision sur les raisons susceptibles de motiver ce classement. M. Vouin nous fournit l'explication de ce laconisme :

> « On a craint de voir les parquets submergés par un flot de lettres et de démarches tendant à faire reconnaître toute poursuite inopportune, et c'est pour cette raison de simple utilité qu'on s'en est tenu à la formule anodine qui se lit au code... En s'abstenant de formuler le principe d'opportunité, la commission Besson n'a pas condamné ce principe et elle a admis que ses membres en pourraient porter le témoignage comme l'un d'eux le fait ici » (635).

C'étaient bien là les craintes d'une assemblée de praticiens ! Mais les *desiderata* des rédacteurs d'un code, quelle que soit la certitude avec laquelle ils sont établis, ne sauraient suffire à consacrer un principe qui n'est écrit nulle part dans la loi.

N° 312. — La vérité, c'est qu'il ne s'agissait pas, en l'occurrence, pour le Code de procédure pénale, d'instaurer un principe nouveau, mais de se prononcer sur une coutume existante. Or, selon un raisonnement que nous avons employé, plusieurs fois déjà, dans l'interprétation

---

(633) J. Brouchot, J. Gazier, F. Brouchot, Analyse et commentaire du Code de procédure pénale, 1958, t. 1, n° 15 ; — Fréjaville et J.-C. Soyer, Manuel de droit criminel, 9e éd., 1960, n° 296 ; — G. Stefani et F. Levasseur, ouv. cité, t. 2, n° 409.

(634) R. Vouin, ét. citée, dans Mélanges offerts à Marcel Laborde-Lacoste, p. 459.

(635) R. Vouin, ét. citée, dans Mélanges offerts à Marcel Laborde-Lacoste, p. 459.

de ce code qui semble avant tout préoccupé d'éviter les problèmes pour ne pas avoir à les résoudre, seul un texte formel en sens contraire permet de mettre un terme à une coutume établie. L'article 40, alinéa 1, au sens essentiellement ambigu, n'est pas ce texte formel en sens contraire, et l'on n'en trouve point d'autre qui soit susceptible de jouer ce rôle, l'ensemble des textes du Code de procédure pénale relatifs à la poursuite étant incertains sur ce point.

Ainsi, par exemple, le fait que le ministère public soit le seul maître de la poursuite répressive aurait certainement été un argument en faveur de l'appréciation de l'opportunité de la répression, car, « avoir seul le droit d'initiative pour la poursuite des délits est en réalité avoir un droit de négative sur toute la législation » et « si toute accusation ne peut commencer que par lui, il possède un pouvoir absolu de pardonner » (636). Or, nous savons, d'une part, que le Code de procédure pénale, animé dans une certaine mesure par la volonté de retirer aux magistrats du siège la possibilité de mettre l'action publique en mouvement, n'est pas allé jusqu'au bout de cette intention (637) et, d'autre part, qu'il laisse entier le droit pour la victime de l'infraction de mettre l'action publique en mouvement (638).

N° 313. — Le principe de l'appréciation par le ministère public de l'opportunité de la répression n'est donc pas condamné par le nouveau code, mais il n'y est pas consacré non plus, et il reste juridiquement ce qu'il était : un principe de droit coutumier. Or, la différence est grande entre la règle de droit écrit qui s'impose à tous, et le principe coutumier qui ne subsiste qu'autant qu'il continue à recevoir l'assentiment unanime. La jurisprudence n'aura pratiquement jamais l'occasion de se prononcer, puisque nous savons qu'elle ne peut être appelée à le faire que sur la demande de la victime. Or, notre droit, aujourd'hui, et sans équivoque possible, reconnaît à celle-ci le droit de mettre directement l'action publique en mouvement dans tous les cas, mais lui retire corrélativement celui de se plaindre de l'inaction du ministère public qui ne lui cause aucun préjudice. Il est donc peu probable que la jurisprudence, si tant est qu'elle en ait le désir, ait jamais l'occasion de condamner le principe de l'appréciation par le ministère public de l'opportunité de la répression. Mais rien n'empêche, au contraire, qu'une circulaire de la chancellerie vienne, demain, prescrire aux procureurs de la République de poursuivre, sans distinction, toutes les infractions qui seront portées à leur connaissance, les termes du Code de procédure pénale ne permettant pas de dire qu'une semblable circulaire serait illégale.

Par son silence, le Code de procédure pénale ne fait pas un devoir au ministère public d'apprécier l'opportunité de la répression, mais ne lui en reconnaît pas davantage le droit intangible. Il ne lui en laisse que la possibilité, et une possibilité que l'on s'efforce de contenir dans

(636) Bentham, De l'organisation judiciaire et de la codification, par Dumont, 1828, p. 124.
(637) V. ci-dessus, n°s 271 et s.
(638) V. ci-dessous, n°s 321 et s.

les plus étroites limites, ainsi qu'en témoignent les textes relatifs à la subordination hiérarchique.

N° 314. — Nous avons eu l'occasion de voir, en étudiant cette subordination hiérarchique des officiers du ministère public, qu'aucun des textes qui la règlent dans le nouveau code ne prévoit la possibilité pour les supérieurs du procureur de la République de lui donner l'ordre de ne pas poursuivre. Or, ce sont essentiellement des raisons d'opportunité qui pourraient inspirer cet ordre. Si, en effet, le Garde des sceaux, ou un procureur général, pense qu'il y a lieu de donner un ordre de ne pas poursuivre, dans une affaire ou une catégorie d'affaires déterminées, c'est que les procureurs de la République, compétents pour connaître de ces affaires, vont effectivement poursuivre. Or, si ces procureurs prennent une décision de poursuite, c'est que l'examen de la légalité de la poursuite auquel ils se sont livrés à été concluant. Il faut bien comprendre, en effet, que « légalité » de la poursuite et « opportunité » de la répression, bien que liées, ne sont pas des principes d'une égale importance. L'examen de la légalité est premier dans le temps comme en importance. En effet, dans un système de légalité des délits et des peines, si tous les éléments d'une infraction ne sont pas légalement constitués, il n'y a pas d'infraction punissable et il serait inutile et même préjudiciable à la rapidité de la justice de donner une suite aux documents qui les relatent. Dans ces conditions, nous l'avons vu, le premier travail du procureur recevant une plainte, une dénonciation ou un procès-verbal, est de se demander si l'infraction est légalement constituée, et ce n'est qu'ensuite, et dans l'affirmative, qu'il se penchera sur le problème de l'opportunité.

Il est donc certain que si un procureur de la République s'apprête à poursuivre une infraction, c'est que celle-ci lui paraît légalement constituée. Désormais, si un Ministre ou un procureur général donne à ce procureur l'ordre de ne pas poursuivre, ce peut être pour une appréciation différente de la légalité, mais ce sera, dans la majorité des cas, et au moins lorsqu'il s'agit du Garde des sceaux, pour une raison d'opportunité. De ce que le code ne prévoit pas la possibilité d'une telle interdiction, il faut donc logiquement conclure que l'appréciation de l'opportunité de la répression n'est pas possible pour les supérieurs hiérarchiques du procureur de la République qui est directement chargé d'une poursuite déterminée (639).

N° 315. — Seul le procureur de la République peut donc décider qu'il est inopportun de poursuivre, mais sa décision n'est pas encore définitive, car, d'autre part et à l'inverse, sa décision en ce sens ne sera efficace que dans la mesure où ses supérieurs hiérarchiques ne lui donneront pas l'ordre de mettre l'action publique en mouvement, ordre qu'il peuvent lui donner en tout état de cause.

C'est donc bien l'absence de poursuite que le Code de procédure pénale entend combattre, alors qu'il empêche le Garde des sceaux et

(639) Le Garde des sceaux et les procureurs généraux gardent, bien entendu, le droit de donner des instructions aux procureurs de la République pour les guider dans l'appréciation de l'opportunité, en général.

les procureurs généraux d'interdire la poursuite, mais les incite à lutter contre l'inaction du procureur de la République. Dans la mesure où la seule absence de poursuite qu'il est possible de combattre est celle qui est inspirée par des raisons d'opportunité, c'est bien l'hostilité au principe de l'appréciation de l'opportunité de la répression qui anime le Code de procédure pénale. Cette même hostilité se retrouve, d'ailleurs, à l'égard des actes par lesquels le ministère public pourrait, pour des raisons d'opportunité, chercher à obtenir une répression moins sévère.

B) Le Code de Procédure pénale et les Applications du Principe de la Liberté d'Appréciation du Ministère public

N° 316. — Si le ministère public, appréciant l'opportunité de la répression, a la possibilité de ne pas poursuivre du tout certaines infractions, on doit lui reconnaître logiquement, en vertu de la règle « qui peut le plus peut le moins », le pouvoir de poursuivre certains faits moins sévèrement et celui d'abandonner la poursuite (640) pour des raisons d'opportunité. Ce faisant, il n'est pas « juge », car la décision qu'il prend n'est pas souveraine et n'aura d'efficacité qu'autant que la juridiction saisie voudra bien y faire droit, mais il reste dans la ligne du pouvoir qui lui est accordé à l'origine de la poursuite. La coutume antérieure au Code de procédure pénale, inspirée par le bon sens, connaissait ces formes atténuées de la répression. Or, dans le Code de procédure pénale, deux textes formels en sens contraire viennent les condamner.

1° *Le ministère public et la correctionnalisation judiciaire.*

N° 317. — Correctionnaliser, c'était uniquement, à l'origine, traiter comme un délit des faits qui sont incontestablement constitutifs d'un crime. Mais le mot de « correctionnalisation » tend aujourd'hui à devenir une appellation générique, pour toute technique consistant à réprimer certains faits sous une qualification différente de leur qualification véritable, et il désigne alors, non seulement la correctionnalisation, au sens strict du terme, mais aussi la « contraventionnalisation », c'est-à-dire le fait de réprimer comme une contravention un acte qui est en réalité un délit. Il vaut peut-être mieux, cependant, regrouper ces différentes techniques sous le terme général de « déclassement ».

Le problème du déclassement, pris dans son ensemble, dépasse largement la question de l'appréciation par le ministère public de l'opportunité de la répression. Aujourd'hui, le procédé de déclassement que l'on a pu appeler « *a posteriori* » et qui permettait, après un acquittement en Cour d'assises, de renvoyer la personne acquittée devant le tribunal correctionnel, à raison des même faits dotés cette fois d'une qualification délictuelle, est condamné, à juste titre, par l'article 368 du Code de procédure pénale (641). Le déclassement peut néanmoins être décidé encore à trois stades de la procédure : par le parquet seul, par les juri-

(640) Sur le sens de cette expression, v. ci-dessus, n° 115.
(641) J.-C. Laurent, Procédure pénale et correctionnalisation, *J.C.P.*, 1950, I, 877 ; — G. Stefani et G. Levasseur, ouv. cité, t. 2, n° 695.

dictions d'instruction seules, par les juridictions de jugement de leur propre initiative. Seule cette dernière forme de déclassement est, cependant, à l'abri de la critique (642).

Le déclassement par le parquet et par les juridictions d'instruction se heurte, en effet, aux règles de compétence établies par la loi, règles qui sont d'ordre public et qui veulent que seule la Cour d'assises connaisse des crimes, tandis que le tribunal correctionnel est seul compétent pour connaître des délits. Si donc le juge d'instruction est saisi d'un crime déclassé par le ministère public, rien ne l'oblige à s'associer à l'initiative de la partie poursuivante et il a même le devoir de rétablir la qualification exacte des faits, soit de son propre chef, soit sur la demande de la personne poursuivie, devoir que possède, au même titre, la chambre d'accusation. Si les juridictions d'instruction, qui n'ont pas rétabli cette qualification véritable ou sont à l'origine du déclassement, saisissent le tribunal correctionnel, ou encore, si celui-ci est saisi directement, par la citation directe du parquet, d'un crime déclassé, il a le devoir de se déclarer incompétent d'office ou sur la demande du prévenu, tout comme le tribunal de police saisi à tort d'un délit. Si, enfin, les juridictions saisies ne déclarent pas leur incompétence, la Cour d'appel pourra réformer la décision de condamnation et la Cour de cassation la casser, sous la seule réserve de l'impossibilité d'aggraver le sort du condamné sur son seul appel (643).

N° 318. — Cela montre bien la complexité du problème et il est certain que l'appréciation de l'opportunité de la répression par le ministère public ne peut suffire à justifier l'ensemble de la pratique du déclassement. Il semble, cependant, qu'elle autorise le procureur de la République à prendre la décision de déclasser. Il y a, en effet, un lien évident pour le ministère public entre l'appréciation de l'opportunité de la répression et la décision de déclasser certaines affaires. Si le procureur de la République, saisi d'un fait qui constitue incontestablement un crime, envisage de le poursuivre comme un délit, c'est parce qu'il pense que cette répression correctionnelle ou de police sera plus opportune (644). Le principe de l'appréciation de l'opportunité de la répression est certainement insuffisant pour justifier la pratique du déclassement prise dans son ensemble, mais, envisagée du seul point de vue du ministère public, il l'autorise, non moins certainement, à tenter le déclassement, sa décision initiale étant licite, si la pratique reste illégale. L'acte de saisine du parquet ne lie ni la juridiction d'instruction, ni la

(642) Garraud et M. Laborde-Lacoste, Exposé méthodique de droit pénal, 4e éd., 1942, nos 808 et s.; — A. Vitu, ouv. cité, p. 136.

(643) H. Verdun, Des pratiques judiciaires de correctionnalisation (étude synthétique et critique), thèse, Aix, 1922.

(644) Garraud, ouv. cité, t. 2, n° 528 : Les officiers du ministère public procèdent à des correctionnalisations : « soit qu'ils jugent excessive la rigueur du Code pénal, soit qu'ils se défient, au contraire, de la mansuétude du jury, soit tout simplement qu'ils désirent s'épargner les difficultés de la procédure criminelle assez minutieuse et formaliste et soumise à des contrôles qui ne permettent pas de l'expédier rapidement, soit, enfin, qu'ils veuillent économiser les frais de justice ».

Toutes ces raisons, d'ailleurs plus ou moins déterminantes, relèvent bien de considérations d'opportunité.

juridiction de jugement, qui ont toujours le devoir de rétablir la vérité, mais gardent aussi la possibilité de ne pas le faire. La décision initiale du procureur de la République fait alors figure de réquisitoire tacite, que la juridiction rejette en déclarant son incompétence ou auquel elle s'associe par son silence (645).

N° 319. — Or, si le ministère public garde dans le Code de procédure pénale la possibilité d'apprécier l'opportunité de la répression, l'article 195 lui retire toute possibilité de prendre valablement une décision de déclassement :

> « Dans les causes dont sont saisies les juridictions correctionnelles ou de simple police et jusqu'à l'ouverture des débats, le procureur général, s'il estime que les faits sont susceptibles d'une qualification plus grave que celle dont ils ont été l'objet, ordonne l'apport des pièces, met l'affaire en état et la soumet avec son réquisitoire à la chambre d'accusation ».

Certes, cette disposition n'est pas nouvelle, comme le faisait remarquer le rapporteur du projet de Code de procédure pénale devant le Conseil de la République :

> « Cet article ne fait, en somme, que reprendre, sous une forme légèrement modifiée les dispositions de l'actuel article 250 du Code d'instruction criminelle, restées inchangées depuis 1808 et qui n'ont jamais donné lieu à difficultés » (646).

C'est bien là, pourtant, que réside toute la difficulté et qu'une erreur fondamentale a été commise : celle de ne pas voir, ou de refuser de tenir compte de toute la différence qui existe entre les situations de fait qui se présentaient au moment de l'élaboration du Code d'instruction criminelle et lors de celle du Code de procédure pénale. Les rédacteurs du Code d'instruction criminelle ignoraient le déclassement puisque celui-ci est né de l'inadaptation des textes du Code pénal aux mœurs modernes (647). Il est hors de doute que cette pratique était illégale et il était fort logique qu'un article du Code d'instruction criminelle vînt, par l'intermédiaire du procureur général, assurer le respect des règles de compétence établies. Les rédacteurs du Code de procédure pénale, au contraire, étaient en présence d'une pratique toujours illégale, certes, mais d'une telle fréquence d'emploi (648) qu'ils ne pouvaient la méconnaître. Ce qui n'était qu'une disposition anodine dans le Code d'instruction criminelle prend une signification très importante dans le Code de procédure pénale.

N° 320. — Nous savons bien à quel point la question du déclassement est délicate, alors qu'ignoré de la loi, il s'attire des critiques d'illégalité

(645) V. en ce sens les remarques de MM. Vouin et Bouzat, aux journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal de 1955, *Rev. Pénit.*, 1956, p. 116 et s.
(646) N° 506, *S.O.*, 1955-1956, p. 99.
(647) J.-C. Laurent, La correctionnalisation (les problèmes de fond), *J.C.P.*, 1950, I, 850 ; — Rapports signés M. Caleb et A. Chavanne, aux journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal, *Rev. Pénit.*, 1956, p. 30 à 90.
(648) V. les chiffres cités par M. Caleb dans son rapport aux journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal, *Rev. Pénit.*, 1956, 30.

(649) et qu'organisé par certaines législations étrangères, il ne satisfait personne (650). Il serait peut-être excessif, dans ces conditions, de reprocher aux rédacteurs du Code de procédure pénale de ne pas avoir résolu le problème. Mais on se demande bien pourquoi la seule allusion qu'ils ont faite au déclassement a pour but de condamner la manifestation qui est la moins contestable de toute la pratique : la tentative de déclassement du parquet, qui est susceptible d'être justifiée par son droit d'apprécier l'opportunité de la répression. Et l'on se pose d'autant plus volontiers cette question que la « légère modification » dont parlait le rapporteur du Sénat est une modification restrictive, puisqu'elle supprime les délais de rigueur que le Code d'instruction criminelle avait imposés au procureur général pour agir et à la chambre d'accusation pour se prononcer.

Certes, on nous dit (651) qu'il ne s'agit que de lutter contre les déclassements « abusifs », la « correctionnalisationomanie » que dénonçait avec humour, mais aussi avec un manque de mesure évident, le président Patin (652). Mais, si l'on veut prétendre que la décision de déclasser est licite lorsqu'elle n'est pas abusive, il manque un article au code. Il serait très logique de permettre au procureur général de lutter contre les déclassements abusifs si l'on avait auparavant autorisé le procureur de la République à procéder à des déclassements, voire même si on l'avait expressément autorisé à apprécier l'opportunité de la répression ; ce ne serait alors qu'une application très normale de la subordination hiérarchique. Dans la mesure où le seul article visant la matière est un article prohibitif, on doit logiquement conclure que la possibilité de toute correctionnalisation est rejetée, et cela, d'autant plus facilement que, dans un système où les règles de compétence sont d'ordre public et qui ne prévoit pas expressément la possibilité de déclasser, toute correctionnalisation est nécessairement abusive, puisqu'elle est illégale.

L'article 195 du Code de procédure pénale est bien l'article formel qui vient condamner la coutume et le Code de procédure pénale, si souvent épris de silence, avait pour une fois l'occasion de se taire à bon escient, en s'abstenant de reproduire l'article 250 du Code d'instruction criminelle, et surtout, de le reproduire sous une forme aggravée. A la possibilité tacite d'apprécier l'opportunité de la répression, le procureur de la République aurait, ainsi, ajouté la possibilité tacite de procéder à certains déclassements. Mais, à la vérité, l'article 195 est bien conforme à l'esprit général du Code de procédure pénale.

Cette position s'accorde bien, d'autre part, avec une autre modification du Code de procédure pénale. Nous avons, en effet, comparé la décision de correctionnalisation du parquet avec un réquisitoire

---

(649) B. Perreau, A propos d'une pratique judiciaire illégale, *Rev. Crit.*, 1930, 441 ; — Patin, La correctionnalisation législative des crimes, *R.S.C.*, 1948, 187 ; — La poursuite des crimes, *R.S.C.*, 1950, 151.

(650) V. les rapports des participants belges aux journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal (Sasserath, *Rev. Pénit.*, 1956, 90 ; — P. Bondue, *Rev. Pénit.*, 1956, 26).

(651) G. Charlet, rapport cité, p. 99 ; — A. Besson, R. Vouin, P. Arpaillange, ouv. cité, article 195.

(652) Chronique de jurisprudence, R.S.C., 1955, 335.

tacite que le procureur de la République adresserait à la juridiction saisie. Or, l'article 86, alinéa 3, du Code de procédure pénale, pris à la lettre, dénie au procureur de la République le droit de saisir un juge d'instruction de réquisitions d'abandon de la poursuite pour des raisons d'opportunité.

2° *Le ministère public et l'abandon de la poursuite pour raison d'opportunité.*

N° 321. — Nous savons que la partie civile peut mettre l'action publique en mouvement sans et même contre la volonté du procureur de la République. Il serait ainsi normal que le ministère public, privé de son pouvoir d'appréciation initial, puisse saisir la juridiction d'instruction ou de jugement de réquisitions déclarant qu'il juge inopportun de réprimer les faits en question. Le procureur de la République peut, d'autre part, s'être trompé dans son appréciation initiale et avoir mis en mouvement une action publique qu'il juge, à la réflexion, inopportune. Il devrait alors pouvoir faire part de ses craintes à la juridiction, d'instruction ou de jugement, saisie de l'affaire.

On pourrait objecter qu'il n'est plus question ici d'opportunité de la répression, puisque l'action publique a été mise en mouvement. Cette objection ne serait cependant pas pertinente, car il paraît logiquement insoutenable, dans l'hypothèse où des poursuites inopportunes auraient été déclenchées à tort, qu'une condamnation intervenant dans cette affaire puisse, elle, être opportune : si les poursuites étaient inopportunes, la condamnation l'est *a fortiori*. C'est bien d'ailleurs la conception consacrée par l'article 6, alinéa 3, du Code de procédure pénale, qui déclare l'action publique éteinte par le retrait de la plainte de la victime, dans le cas où cette plainte était nécessaire à la poursuite : s'il était inopportun de poursuivre sans cette plainte, il le serait au moins autant de condamner après son retrait.

Il reste bien évident que cette appréciation de l'opportunité durant l'exercice de l'action publique ne donne pas au ministère public le droit de dessaisir la juridiction, comme on a pu le craindre (653), mais seulement celui de déposer des réquisitions déclarant que la condamnation lui semble inopportune. Le magistrat instructeur ne pourra pas refuser d'informer, ni la juridiction de jugement de condamner, pour de simples raisons d'opportunité, mais il n'en demeure pas moins que de telles réquisitions du ministère public auraient une influence certaine. Le juge d'instruction serait incité à examiner de plus près la question de la légalité de la poursuite, qui n'est jamais, à ce stade, qu'une approximation, pour y trouver des ombres permettant de refuser d'informer. Quant à la juridiction de jugement, elle serait certainement incitée à plus de libéralisme dans l'octroi du sursis ou des circonstances atténuantes.

(653) A. Vitu, ouv. cité, p. 242 : « Il ferait (le principe de l'opportunité au cours de l'exercice de l'action publique) disparaître l'indépendance des juridictions d'instruction et de jugement que le parquet dessaisirait à son gré ».

En conséquence, et dans la mesure où le procureur de la République est maître d'apprécier l'opportunité de la répression, il doit lui être possible de déposer, à tous les stades de la procédure et donc sur la communication par le juge d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile, des réquisitions arguant de ce qu'il est inopportun de poursuivre. Mais l'article 86, alinéa 3, du Code de procédure pénale décide précisément le contraire.

N° 322. —

> « Le procureur de la République (à la suite de la communication par le juge d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile) ne peut saisir le juge d'instruction de réquisitions de non informer que si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale ».

Si cette disposition est nouvelle, dans la perspective législative, elle ne fait que consacrer la jurisprudence aussi constante qu'abondante qui a suivi un arrêt fameux généralement désigné sous le nom de son rapporteur, Laurent-Atthalin, et dont l'article 86, alinéa 3, reprend presque textuellement les motifs (654). Il faut bien remarquer que ce que nous contestons, ce n'est pas la solution elle-même donnée par cet article : nous n'aurions rien trouvé à redire si un article du Code de procédure pénale avait disposé : « le juge d'instruction ne pourra rendre une ordonnance de refus d'informer que si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite, ou si, à supposer ces faits démontrés, il ne peuvent admettre une qualification légale ». Nous ne songeons pas à contester que le juge d'instruction ne peut rendre une ordonnance de refus d'informer, motivée en termes d'opportunité. Mais ce que nous trouvons étrange, c'est qu'une telle disposition ait été insérée à propos du ministère public. Nous ne voyons pas, dans la mesure où le procureur de la République peut apprécier l'opportunité de la répression, ce qui peut l'empêcher, sur communication par le juge d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile, de répondre qu'il lui paraît inopportun de poursuivre en telle occurrence.

Dira-t-on que la disposition litigieuse est insérée dans un chapitre intitulé « du juge d'instruction, juridiction d'instruction du premier degré », que toutes les dispositions qui y sont contenues sont afférentes au seul juge d'instruction et que ce serait s'attacher aux mots que prendre ombrage de ce que l'alinéa 3 de l'article 86 commence par ceux de « procureur de la République » ? Cette réponse est celle que ne manque-

(654) Cass. Crim. 8 décembre 1906, *D.*, 1907, 1, 207 ; *S.*, 1907, 1, 377 : « Attendu (que)... le juge d'instruction saisi conformément à l'article 63 d'une plainte avec constitution régulière de partie civile... a... le devoir d'informer sur la plainte dans telle mesure qu'il appartient ; que cette obligation ne cesse que si le juge d'instruction décide, en l'état, soit que, d'ores et déjà, la prévention est suffisamment établie pour être procédé ainsi qu'il est dit aux articles 129, 133, 139 ; soit que, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement compter une poursuite, ou que, à les supposer démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale... ».

raient pas de faire les rédacteurs du Code de procédure pénale qui n'ont probablement pas voulu consacrer la solution qui se dégage logiquement de l'article 86, texte qui pèche par maladresse de rédaction. Si l'on peut déplorer que les rédacteurs n'aient pas su guider leur plume au rythme de leur pensée et aient dit autre chose que ce qu'ils avaient l'intention de dire, leur volonté n'est pas plus efficace pour faire considérer comme non avenue une disposition qui figure au code que pour faire considérer comme consacrée une disposition qui n'y figure pas.

La lettre de l'article 86 dénie au procureur de la République le droit de déposer des réquisitions déclarant la répression inopportune et c'est bien là le texte formel en sens contraire qui condamne la coutume. Il reste seulement que la portée pratique de cette interdiction n'est pas très importante car l'article 86, alinéa 3, n'est pas suffisant pour empêcher, d'une façon générale, le ministère public d'abandonner la poursuite et qu'un abandon de poursuite ne se conçoit guère que pour des raisons d'opportunité. La portée de l'article 86, alinéa 3, se borne donc à ceci que le réquisitoire ne pourra pas s'appuyer sur des considérations d'opportunité et cela contribue à accroître le sentiment de malaise qui se dégage à la lecture du code.

N° 323. — Le conservatisme du Code de procédure pénale est bien décevant, ses silences injustifiables, ses manifestations inopportunes, du point de vue de l'esprit qui l'anime, du moins, et de la conception qu'il se fait du ministère public. Sur le plan pratique, en effet, bien peu de choses sont changées. Le procureur de la République reste juge de l'opportunité de la répression, il continue à déclasser et à motiver comme il le juge bon ses réquisitoires, mais tout cela se fait, soit en marge de la loi, soit contre elle, et il est bien regrettable que la nécessité de s'évader d'un code se fasse sentir dès sa promulgation.

CONCLUSION

LA POURSUITE REPRESSIVE DANS LE CODE DE PROCEDURE PENALE

N° 324. — La conception de la fonction du ministère public dans le Code de procédure pénale, où il n'apparaît que comme un officier d'action, est, nous l'avons dit, en rapport direct avec l'idée que les textes récents se font du ministère public, mais elle traduit aussi une certaine idée de la poursuite répressive.

Lorsqu'on fait le point de la situation, en ce qui concerne la liberté d'action du ministère public dans le Code de procédure pénale, on s'aperçoit, en effet, que chaque fois que le nouveau code ne se prononce pas sur une question ou condamne une institution, il s'agissait de la possibilité pour le ministère public de ne pas poursuivre, alors que chaque fois qu'il se montre hardi, c'est pour accroître les moyens d'action du procureur de la République.

N° 325. — Le code ne dit mot, nous l'avons vu, de l'ordre de ne pas poursuivre et, en se plaçant au strict point de vue des textes, on doit logiquement conclure que cet ordre est illégal. Il n'en demeure pas moins que cette solution simplement donnée par prétérition est éminemment condamnable. Ce silence est regrettable, en premier lieu, parce qu'il est inadmissible d'avoir envisagé la question de l'ordre de poursuivre sans faire la moindre allusion à la validité de l'ordre de ne pas poursuivre. Il l'est, en second lieu, parce que la discrimination qu'il institue entre l'un et l'autre ordres ne peut trouver de justification valable. L'ordre de poursuivre donné à un membre du ministère public est, en effet, au moins aussi choquant que l'ordre de ne pas poursuivre, car, ce qui peut être choquant, ce n'est pas que le gouvernement puisse donner tel ou tel ordre, mais qu'il puisse donner des ordres, au moins dans la forme où ces ordres sont prévus par le Code de procédure pénale après le Code d'instruction criminelle. Le silence du Code de procédure pénale se présente alors comme un silence réprobateur qui s'applique à l'ordre en tant qu'il est de ne pas poursuivre.

C'est la même explication qui vient à l'esprit en ce qui concerne l'appréciation de l'opportunité de la répression. Si les rédacteurs du Code de procédure pénale n'ont pas voulu dire que le procureur de la République peut s'abstenir de mettre l'action publique en mouvement, c'est parce qu'ils considèrent cette absence de poursuite avec défaveur.

N° 326. — Mais il se trouve qu'il n'y a pas dans le Code de procédure pénale que des silences et qu'il s'y trouve aussi des hardiesses indiscutables. Dès qu'il s'agit de donner au ministère public de nouveaux moyens de poursuite, le nouveau code ne craint pas d'innover, faisant pratiquement de tous les crimes et de tous les délits des infractions flagrantes et attribuant au procureur de la République des pouvoirs d'information généralement identiques et parfois supérieurs à ceux du juge d'instruction en matière de garde à vue, par exemple.

L'instruction générale, à l'article C 114, rapporte des propos de M. Besson selon lesquels il est apparu à la commission, à propos de la garde à vue, « qu'il valait mieux la reconnaître que de feindre d'en ignorer l'existence ». Mais, outre que ces scrupules nous paraissent étranges alors que la commission n'a pas craint de « feindre d'ignorer » d'autres questions, il paraît que c'est là mal poser le problème, car il n'y avait pas deux mais trois possibilités : ignorer la garde à vue, la reconnaître et la condamner et il nous semble clair que c'est la troisième qui était la bonne au moins en tant que la garde à vue est un moyen d'interrogatoire. Il est, en effet, bien difficile de soutenir qu'il est normal de permettre à un simple officier judiciaire, voire à un officier du ministère public, en tant qu'il dépend du pouvoir, d'interroger un suspect, alors que les exigences élémentaires de la défense ont fait refuser cette possibilité au juge d'instruction, magistrat du siège indépendant et inamovible. S'il peut être utile de s'assurer de la personne d'un suspect pour l'empêcher de fuir ou de brouiller les pistes, la police ne devrait pas pouvoir l'entendre et quand une personne est « inculpable », la seule obligation de l'officier qui procède à l'enquête devrait être de la faire inculper (655).

N° 327. — Il serait vain de soutenir que les silences et les hardiesses du Code de procédure pénale ne sont qu'une coïncidence. M. Besson, dans son rapport préalable (656) et alors qu'il donne une vue d'ensemble du projet de code, expose les cinq points qu'il estime les plus importants. Or, le second de ces points est ainsi défini par lui :

> « Si l'on prend une vue d'ensemble du projet, on remarque... 2° Que les membres du parquet reçoivent des *moyens d'action* adaptés au nouvel état de choses et qui doivent leur permettre de remplir leur mission sociale dans de meilleures conditions ».

Cette réflexion de Faustin Hélie, écrite à propos du Code d'instruction criminelle, paraît un excellent commentaire du Code de procédure pénale :

> « Le Ministère public est complètement maître de mettre l'action publique en mouvement, mais il n'est pas également maître de s'abstenir de l'exercer, la loi a multiplié les sentinelles de l'ordre public, elle n'a point voulu qu'un intérêt aussi sacré pût être compromis par l'inertie ou la volonté d'un seul fonctionnaire. Elle l'a rendu tout puissant pour agir, elle n'a enchaîné et restreint que sa seule inaction » (657).

---

(655) V. en ce sens, R. Vouin, ét. citée, *J.C.P.*, 1963, I, 1764, n° 27. En sens contraire, L. Lambert, Nécessité judiciaire, sociale, morale de l'interrogatoire policier, *R.S.C.*, 1949, Supplément, n° 2.

(656) N° 12.

(657) Ouv. cité, t. 1, n° 535.

Mais il est permis de penser que la « mission sociale » du ministère public n'est pas toujours de poursuivre et que la justice a plus à souffrir de poursuites intempestives que de sursis mesurés. Il est permis aussi de douter que le Code de procédure pénale fasse un nouveau pas dans le sens de la protection de la liberté individuelle, comme le prétend l'éminent président de la commission d'études pénales législatives (658). Le meilleur moyen d'obtenir ce résultat serait encore, semble-t-il, de revoir l'institution du ministère public.

(658) A. Besson, l'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale, *R.S.C.*, 1959, 271.

CONCLUSION

N° 328. — Les problèmes les plus importants en ce qui concerne le ministère public sont, bien évidemment, ceux qui tiennent au fondement et à l'organisation de l'institution. La définition de la fonction qui doit être celle des officiers du ministère public et le détail des attributions qui leur seront confiées, ne sont que des conséquences de la solution donnée au premier ordre de difficultés. Il n'est donc pas inutile, à ce propos, de rappeler les critiques que soulève l'actuelle conception du ministère public, avant de proposer quelques éléments d'une conception nouvelle.

Section I. — RAPPEL DES CRITIQUES QUE SOULEVE L'ACTUELLE CONCEPTION DU MINISTERE PUBLIC

La position prise traditionnellement par les textes napoléoniens, la doctrine et les textes nouveaux, en ce qui concerne l'institution même du ministère public, encourt la critique à trois points de vue : sur le plan des principes, tout d'abord ; en ce qui concerne les détails de l'organisation du ministère public, ensuite ; en ce qui concerne l'efficacité pratique de l'institution, enfin.

§ 1. — LA POSITION DE PRINCIPE

N° 329. — Sur le plan des principes, on sait que par suite d'une erreur sur le titulaire du droit de poursuivre, les textes napoléoniens considèrent faussement les officiers du ministère public comme « les représentants du pouvoir exécutif auprès des tribunaux », alors qu'ils sont, en réalité, les représentants de la société auprès des tribunaux, seulement invités à tenir compte du point de vue du gouvernement (659). Sous la pression des principes adoptés par le droit révolutionnaire et qui s'imposent, en quelque sorte aux rédacteurs du Code d'instruction criminelle, sans qu'ils en comprennent bien la portée, ceux-ci investissent néanmoins, directement les officiers du ministère public, du pouvoir propre d'agir. Mais les deux règles qui servent de base à l'institution du ministère public sont alors contradictoires : le ministère public n'est ni totalement subordonné, ni totalement indépendant ; quant aux limites respectives de cette subordination et de cette indépendance, elles sont pour le moins incertaines.

N° 330. — On sait, aussi, que la doctrine témoigne de la même difficulté que les rédacteurs des textes napoléoniens à accorder les idées anciennes et les principes nouveaux. Elle ne songe donc pas à critiquer

(659) V. ci-dessus, n°s 198 et s., et 204 et s.

la position prise et rend compte de la situation bizarre faite aux officiers du ministère public en déclarant qu'ils sont à la fois « fonctionnaires », ce qui explique la subordination, et « magistrats », ce qui leur permet une certaine indépendance. Mais elle va plus loin et achève de dégager le ministère public de son fondement rationnel en consolidant les erreurs commises, lorsqu'elle ressuscite l'adage « si la plume est serve, la parole est libre » qui n'était pas consacré par le code, pour en faire une application générale à des cas pour lesquels il n'avait pas été conçu (660). Dire que la plume est serve, c'est, dans l'ordre hiérarchique, poser une règle en contradiction avec celle du pouvoir propre des chefs de parquet inscrit dans la loi et inhérent à l'institution du ministère public. Dire que la parole est libre, c'est, au sein d'un même parquet, introduire un ferment de discorde que rien ne justifie.

N° 331. — On sait, enfin, que les nouveaux textes qui se caractérisent par leur conservatisme ne sont pas revenus à la pureté des principes, mais se sont bornés à consacrer le ministère public que décrivait une doctrine constante depuis cent cinquante ans. On ne peut, d'ailleurs, reprocher aux rédacteurs du Code de procédure pénale de n'avoir, pas plus que les rédacteurs du Code d'instruction criminelle, discuté du fondement du ministère public, dans la mesure où aucune controverse ne s'était jamais élevée sur ce point. Le ministère public reste donc l'« agent du pouvoir exécutif auprès des tribunaux », tandis que les chefs de parquet sont toujours investis du pouvoir propre d'agir, et que la règle selon laquelle « si la plume est serve, la parole est libre » se trouve désormais consacrée, et qui plus est, sous une forme parfaitement illogique (661).

Le Code de procédure pénale réalise aussi peu de progrès en ce qui concerne les détails de l'organisation du ministère public, ce qui est, somme toute, bien normal, puisqu'il s'agit seulement de mettre en œuvre les principes généraux adoptés.

§ 2. — LES DETAILS DE L'ORGANISATION DU MINISTERE PUBLIC

Dans le détail de l'organisation du ministère public, les textes de 1810 péchaient par le rôle accordé au ministère de la justice, celui reconnu au procureur général près la Cour de cassation, enfin, par l'expression assez ambiguë de la concentration des pouvoirs au sein d'un même parquet. Bien que ces détails n'aient pas plus que la conception de principe du ministère public fait l'objet de discussions, durant l'application du Code d'instruction criminelle, le Code de procédure pénale leur apporte quelques modifications. Mais elles ne sont pas toutes satisfaisantes.

(660) V. ci-dessus, n°s 209 et s.
(661) V. ci-dessus, n° 177.

N° 332. — En ce qui concerne le rôle du ministre de la Justice, le Code d'instruction criminelle lui reconnaissait un certain nombre d'attributions que l'on peut qualifier de normales et qui se justifiaient par des considérations de fait ou de politique générale (662). A côté de ces attributions normales et comme conséquence de l'idée fausse que le droit de poursuivre les infractions est un attribut de la puissance exécutive, le Garde des sceaux apparaissait, dans le Code d'instruction criminelle, comme le gardien suprême de la loi et était même, quelquefois, traité comme un banal officier du ministère public (663).

Sur le second point, peu de choses sont changées. Le Garde des sceaux conserve l'initiative du pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi et le droit de donner des ordres au procureur général près la Cour de cassation (art. 620 et 622 C.P.P.). Il continue, aussi, à être parfois assimilé aux officiers du ministère public de droit commun (art. 36 et 37 C.P.P.). Il perd, cependant, l'initiative de la poursuite contre les infractions commises par certains hauts fonctionnaires. Mais le Code de procédure pénale modifie, aussi, les attributions normales du Ministre de la Justice en lui retirant l'initiative du renvoi d'une juridiction à une autre pour cause de sûreté publique, qui se justifiait, pourtant, par l'intérêt qu'il présente pour l'ordre public matériel auquel le gouvernement doit veiller.

Toutes ces modifications de détail des attributions du Garde des sceaux sont particulièrement décevantes, car elles ne paraissent inspirées par aucune idée directrice. Elles témoignent, en tous cas, de ce qu'on a totalement perdu de vue que l'influence du gouvernement sur le cours de la justice est justifiée par des considérations politiques mais que le droit d'intervention du Garde des sceaux n'est justifié que par cela et ne doit pas être confondu avec un droit de contrôle sur la façon dont la loi est interprétée et appliquée.

N° 333. — Ce pouvoir de contrôle aurait dû, au contraire, être confié au procureur général près la Cour de cassation à qui les textes de 1810 n'avaient reconnu qu'en matière répressive un tel droit de direction scientifique. Loin de se diriger dans cette voie, les textes nouveaux, sanctionnant, d'ailleurs, l'évolution, suppriment totalement ce pouvoir tombé en désuétude (664).

N° 334. — En ce qui concerne, enfin, la concentration des pouvoirs au sein d'un même parquet, les textes se montrent, cette fois-ci, infiniment plus satisfaisants, sous réserve, bien entendu, de l'influence injustifiée qu'exerce l'adage « si la plume est serve, la parole est libre » (665).

Mais c'est surtout sur le plan pratique que la conception, traditionnelle depuis 1810, de l'unité et de la complexité du ministère public était vouée à l'échec.

---

(662) V. ci-dessus, n°s 119 et s.
(663) V. ci-dessus, n°s 205 et s.
(664) V. ci-dessus, n°s 95 et 210.
(665) V. ci-dessus, n°s 82 et s.

§ 3. — LE PROBLEME PRATIQUE

N° 335. — Confier à un même officier la garde de deux intérêts distincts, celui de la loi et celui du gouvernement, aboutit inévitablement à la négation de l'un ou de l'autre, ou encore à une représentation insuffisante de l'un ou de l'autre. La doctrine classique, qui professe que le ministère public possède les deux qualités de « fonctionnaire » et de « magistrat », avait éludé la question en déclarant que ces deux qualités ne s'exercent jamais simultanément, mais seulement successivement. Pour elle, les officiers du ministère public sont uniquement fonctionnaires dans leur parquet, et uniquement magistrats à l'audience :

> « En tant qu'il met l'action publique en mouvement et la dirige par la procédure écrite jusqu'à son terme, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'elle soit épuisée par une décision définitive, le ministère public exerce une fonction du pouvoir exécutif ; en tant qu'il assiste le juge et l'éclaire sur l'interprétation de la loi dont l'exécution est poursuivie et sur son application à la contestation déférée par l'action au juge, il exerce une fonction judiciaire » (666).

Nous savons que cette conception est certainement erronée, et doublement erronée : si le ministère public exerce l'action publique en qualité de représentant du gouvernement, il doit être entièrement soumis à ses ordres et non pas seulement lors de la mise en mouvement de l'action (667) ; s'il est vrai que le ministère public est l'homme de la loi à l'audience, il est faux de prétendre qu'il ne l'est pas aussi à l'origine de l'action (668). L'affirmation de la doctrine procède néanmoins de cette idée juste que le représentant du ministère public ne peut pas être, à un moment donné, le défenseur de deux intérêts distincts, au moins lorsque ces deux intérêts ne concordent pas, ce qui doit être l'hypothèse de base. Il est bien évident qu'il n'y aurait aucune difficulté si l'intérêt de la loi et l'intérêt du gouvernement coïncidaient toujours. Mais c'est pour le cas où ils ne coïncident pas qu'il faut trouver une solution qui ne sacrifie ni l'un ni l'autre de ces deux intérêts. Il est certain que, de ce point de vue, le droit positif est loin d'être satisfaisant.

N° 336. — A nous en tenir, pour le moment, au strict point de vue juridique, supposons, par exemple, qu'un officier du ministère public soit décidé à ne pas poursuivre une infraction, mais que le gouvernement lui donne l'ordre de mettre l'action publique en mouvement. S'il n'exécute pas cet ordre, il se fait uniquement le défenseur de la loi, dont il estime qu'elle ne requiert pas la poursuite ; s'il exécute l'ordre qu'il a reçu, alors que la poursuite ne lui paraissait pas devoir être intentée, il se fait uniquement le représentant du gouvernement et non plus celui de la loi. Il est certain que, dans cette seconde hypothèse, et une fois l'action publique mise en mouvement conformément au vœu du gouvernement, le ministère public pourra, dans son réquisitoire, exprimer ce

(666) M. Hayoit de Termicourt, Discours cité, *Rev. Dt Pén.*, 1935-1935, 961.
(667) V. ci-dessus, n° 184.
(668) V. ci-dessus, n° 192.

qu'il estime être le vœu de la loi, mais ce prétendu correctif n'en est pas un, car dans ce second temps de l'action, l'officier du ministère public sera alors uniquement l'avocat de la loi sans faire connaître simultanément à la juridiction la conception gouvernementale, et cela d'autant moins qu'il ne paraît pas avoir, en droit positif, la faculté de se retrancher derrière son mandant (669), faculté qui permettrait au moins de signaler à la juridiction qu'un désaccord existe entre le gouvernement et l'officier du ministère public, sans pour autant, d'ailleurs, lui faire connaître les arguments du premier.

A y regarder le plus près on s'aperçoit qu'au moins en droit, celui des deux intérêts qui peut être plus facilement secrifié est celui du gouvernement. Si le pouvoir exécutif est opposé à l'action et que le ministère public agit, celui-ci défend uniquement le point de vue de la loi et n'est jamais obligé de déférer aux ordres d'abandon de la poursuite ni même de faire connaître l'existence de ces ordres. Si, au contraire, le pouvoir exécutif est défavorable à l'action, le ministère public peut ne pas agir, mais s'il l'a fait, il peut encore, par la suite, sombattre oralement cette action. La prise en considération de l'intérêt du gouvernement par les officiers du ministère public n'est donc, au strict point de vue du droit, qu'éventuelle, alors que la considération de la loi est permanente.

N° 337. — Cette insuffisance de pouvoirs du gouvernement, en droit, se double d'ailleurs d'un illogisme constitutionnel, car le gouvernement, qui ne peut, *de lege ferenda* (670) comme en droit positif (671), contraindre les officiers du ministère public à exécuter ses ordres, se trouve répondre devant le parlement d'une action qu'il ne possède pas, juridiquement, les moyens de diriger. C'est ce qui explique, sans doute, que, depuis la fameuse séance du 20 décembre 1871 (672), perpétuellement citée parce qu'elle est un exemple unique, on n'ait jamais vu mettre en cause la responsabilité ministérielle à propos de l'action du ministère public. Mais l'illogisme théorique subsiste.

N° 338. — Cela explique l'absolutisme de la soumission statutaire des officiers du ministère public, qui apparaît clairement comme ce qu'elle est en réalité : un tempérament de fait à une insuffisance de pouvoir, sans lequel le gouvernement serait dans l'impossibilité absolue d'exercer une influence quelconque sur le cours de la justice. Mais, ici, le remède est pire que le mal car la crainte légitime que leur soumission statutaire peut inspirer aux officiers du ministère public les incite certainement à ne tenir qu'un compte très relatif de la légalité ou de l'illégalité des ordres qu'ils reçoivent, pour l'exécution de ceux-ci, si bien qu'en fait, c'est l'intérêt du gouvernement qui prévaut. C'est donc le principe lui-

(669) V. ci-dessus, n° 178.
(670) V. ci-dessus, n°s 198 et s.
(671) V. ci-dessus, n°s 142 et s.
(672) V. ci-dessus, note 304.

même qu'il faut revoir et non pas le tempérament comme on l'a si souvent proposé (673).

S'il est parfaitement normal que le gouvernement puisse faire entendre sa voix devant les tribunaux (674), il a besoin, pour cela, d'un corps de fonctionnaires qui soient entièrement soumis à son autorité et dont il sera, par conséquent, normal qu'il réponde. Mais ce corps de fonctionnaires n'est pas, ne peut pas être celui du ministère public. C'est donc une réorganisation d'ensemble qui s'impose si l'on veut échapper à la tendance actuelle où le Code de procédure pénale n'apparaît que comme une étape vers une « fonctionnarisation » de plus en plus grande du ministère public. On peut, dans cette optique, proposer quelques éléments de solution.

Section II. — LES ELEMENTS D'UNE NOUVELLE CONCEPTION DU MINISTERE PUBLIC

N° 339. — Basée sur l'idée que l'intérêt de la loi et l'intérêt du gouvernement doivent être également représentés auprès des tribunaux, cette nouvelle conception pourrait consister, d'une part, à supprimer au sein du ministère public actuel ce qui fait de lui le représentant du gouvernement, d'autre part, et corrélativement, à permettre au gouvernement d'être, en quelque sorte, partie plaidante devant les tribunaux, par l'intermédiaire d'un fonctionnaire nouveau.

Mais il faut bien voir qu'il ne s'agit pas là d'un dédoublement du ministère public analogue à ceux que présente l'histoire (675) ou que préconisent certains auteurs (676) et qui a toujours été conçu comme devant entraîner un partage des attributions. En ce qui concerne les attributions judiciaires, au moins (677), et sous réserve d'un aménagement de celles-ci conforme à sa nouvelle organisation (678), il ne peut être question de les retirer à un ministère public qui, bien que dépouillé de sa soumission au gouvernement, n'en reste pas moins le seul ministère public digne de ce nom et conforme à une tradition véritable où ce rôle d'organe de la loi qu'il s'agit de lui laisser à titre exclusif, se retrouve à toute époque. Que ce rôle, et celui-là seulement soit de l'essence du ministère public, il n'est pas permis d'en douter, en effet, alors qu'une seule de ses attributions s'est toujours perpétuée, sans modifications aucune, depuis l'origine de l'institution jusqu'à nos jours, en passant par l'ancien droit et le droit révolutionnaire : le rôle du ministère public -

(673) V. les nombreux projets élaborés au cours du XIX[e] siècle et analysés par Oudinot, thèse citée, p. 106 et s. ; et aussi : — Anonyme, convient-il d'interdire au ministère public l'accès de la magistrature inamovible ? *Journal du ministère public*, 1870, 269 ; — Eyssautier, mode de nomination du ministère public, *Journal du ministère public*, 1873, 67.

(674) V. ci-dessus, n[os] 194 et s.

(675) V. ci-dessus, n[os] 29 et s. ; 42 et s.

(676) Massabiau, ouv. cité, t. 1, n° 155.

(677) Pour les attributions extra-judiciaires, V. ci-dessous, n° 350.

(678) V. ci-dessous, n[os] 342 et s.

partie jointe en matière civile où nous savons qu'il n'a jamais été que l'organe de la loi « impassible comme elle » (679).

Voyons donc comment on pourrait concevoir ce nouveau ministère public, et organiser la représentation du gouvernement.

§ 1. — LE MINISTERE PUBLIC - ORGANE DE LA LOI

N° 340. — Devenu « organe de la loi », et organe de la loi seulement, le ministère public est désormais soustrait à l'influence gouvernementale. Ceci mis à part, bien peu de modifications sont à apporter à l'institution. La hiérarchie justifiée par un intérêt scientifique doit être maintenue sous la direction du procureur général près la Cour de cassation, substitué au Garde des sceaux (680). La concentration des pouvoirs au sein d'un même parquet, gage d'efficacité pour l'action de ce parquet, doit être également maintenue et même renforcée, par la disparition de la règle selon laquelle « si la plume est serve, la parole est libre », qui a toujours été appliquée mal à propos et ne doit pas davantage jouer au sein d'un même parquet que dans l'ordre hiérarchique. Les modifications les plus importantes que doit entraîner cette nouvelle conception du ministère public se situeront sur le plan statutaire.

N° 341. — Certes, les deux questions de l'action du ministère public et du statut des officiers sont théoriquement indépendantes et l'on peut concevoir qu'un ministère public juridiquement autonome puisse rester statutairement soumis, mais nous venons de voir qu'elles ont un rapport de fait évident, et, en l'occurrence, cette soumission statutaire totale serait sans aucune justification logique. Dans cette nouvelle perspective, il convient donc de donner aux officiers du ministère public, comme aux magistrats du siège, la garantie de l'inamovibilité. Mais bien des conceptions sont possibles en cette matière.

On peut d'abord maintenir le système actuel de l'unité de la magistrature en se bornant à étendre aux magistrats du parquet le statut des magistrats du siège. Mais on ne manquera pas, alors, de remarquer que le ministère public, tel que nous le concevons, se présente comme un « jurisconsulte officiel » qui exerce « une sorte de *jus respondendi publice* » alors qu'« une culture juridique supérieure ne l'a pas du tout préparé (à ce rôle) » (681). Le maintien du système actuel doit alors s'accompagner d'une revalorisation de la fonction de poursuite par rapport à la fonction de jugement et d'instruction, qui imposerait, par exemple, de choisir les officiers du ministère public parmi les échelons supérieurs de la hiérarchie statutaire.

Mais on peut aussi concevoir de faire du ministère public une carrière distincte, avec une formation juridique différente de celle des magistrats du siège. Cette création d'un corps vraiment spécial aurait,

(679) Merlin, Questions de droit, v° ministère public, § V.
(680) V. ci-dessus, n° 202.
(681) P. Cuche et J. Vincent, Précis de procédure civile et commerciale, 10e éd., 1961, n° 164.

en outre, l'avantage de permettre l'unification du ministère public dans toutes les juridictions judiciaires de droit commun et d'exception. Elle pourrait même permettre, éventuellement, l'unification du ministère public auprès des tribunaux judiciaires avec les commissaires du gouvernement auprès des juridictions administratives qui, en dépit du nom qui est le leur, sont, en l'état actuel des choses, infiniment moins subordonnés au pouvoir central que ne le sont les officiers du ministère public (682).

La fonction judiciaire du ministère public devait subir plus de changements. Le ministère public devenu « organe de la loi », sa fonction doit être revue pour faire de lui la magistrature la plus sereine alors qu'il est, en droit positif, la magistrature la plus agitée.

N° 342. — Le ministère public reste bien entendu partie principale et nécessaire au procès pénal, éventuellement partie principale et toujours partie jointe au procès civil. Cette question n'était pas en cause et reste indiscutable. On peut néanmoins souhaiter que le ministère public devienne la seule partie poursuivante en matière répressive. Du point de vue technique, cette unicité des agents de poursuite serait certainement un progrès, car s'il peut être « nécessaire de multiplier les agents de recherche pour qu'aucune infraction ne demeure inaperçue » « il est au contraire utile de restreindre le nombre des agents de poursuite » (683) pour éviter les conflits entre magistrats et assurer une certaine égalité de la poursuite confiée toujours au même magistrat (684). La crainte qu'on avait pu exprimer, d'autre part, en présence de certains projets, qui confiaient ainsi l'exclusivité de la poursuite au ministère public (685) et selon laquelle une centralisation de cet ordre aboutirait à politiser la justice pénale, en permettant au gouvernement de soustraire certains coupables à la justice (686), ne vaut plus dans notre système où le ministère public n'est plus l'agent du gouvernement.

N° 343. — C'est cette même soustraction à l'emprise du pouvoir central qui doit faire adopter sans réserves le système de l'opportunité de la répression, dont les avantages sont évidents, alors que le principal danger était que cette appréciation fût quelquefois, sous la pression gouvernementale, détournée de son but à des fins politiques ou électorales.

---

(682) A. Bernard, Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du gouvernement durant la seconde moitié du XIX^e siècle, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, 1949, p. 299 ; — G. Cahen-Salvador, Un grand commissaire du gouvernement, Jean Romieu, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, p. 329 ; — T. Sauvel, Les origines des commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux, *Rev. Dt Pub.*, 1949, 5 ; — R. Guillien, Les commissaires du gouvernement près les juridictions administratives et spécialement près le Conseil d'Etat Français, *Rev. Dt Pub.*, 1955, 281.

(683) Roux, ouv. cité, p. 34.

(684) Bentham, ouv. cité, p. 123.

(685) V. ci-dessus, n° 217.

(686) Desjardins, ét. citée, *France judiciaire*, t. 7, 1882, 1re partie, p. 249 : « Droit absolu et exclusif du ministère public, du gouvernement, soit à exercer soit à empêcher la poursuite. L'inégalité devant la loi pénale, l'impunité assurée à ceux que le gouvernement protège ou à ceux par lesquels il est protégé, à leurs amis politiques, voilà le péril incontestable ».

M. Graven, dans son compte rendu du congrès de Genève, en 1947, notait précisément que le meilleur moyen de faire taire les critiques soulevées par le principe de l'appréciation de l'opportunité de la poursuite devait être trouvé dans « l'indépendance absolue (des officiers du ministère public) à l'égard du pouvoir » (687). Certes, Roux objectait que « le procureur de la République est un fonctionnaire trop secondaire pour qu'il ait été possible de lui remettre sans inconvénient le pouvoir illimité de soustraire des délinquants aux sanctions de la loi pénale » (688). Mais cette idée découle de la première et nous savons que l'adoption de notre système s'accompagnerait d'une revalorisation de la fonction de poursuite.

N° 344. — Le problème le plus délicat que paraît poser la fonction du ministère public est celui des enquêtes de police. On a depuis longtemps tenté de justifier la pratique des enquêtes de police par le droit du ministère public d'apprécier l'opportunité de la répression, alors que cette appréciation requiert des éléments d'informations nombreux et précis (689). Mais cette conception devrait avoir pour conséquence logique que les éléments recueillis au cours de l'enquête et uniquement destinés à éclairer le ministère public, sont dépourvus de toute autre valeur juridique et ne doivent en aucun cas figurer au dossier (690). Or, nous savons que ce n'est pas la solution admise en droit positif (691). Mais une fois de plus l'idée de base est bonne et l'appréciation de l'opportunité de la répression est une opération trop délicate pour pouvoir intervenir prématurément. Elle suppose donc que le ministère public est en état de juger, mais elle ne suppose que cela. L'on ne peut en déduire ni que le ministère public doit faire lui-même procéder à des enquêtes de police sous sa propre autorité, ni même, d'ailleurs, qu'il doit y avoir dans tous les cas des enquêtes de police.

Dans les affaires soumises à l'instruction, en effet, il suffirait, pour mettre le ministère public dans une position qui lui permette d'apprécier valablement l'opportunité de la répression, de situer cette faculté d'appréciation à l'issue de l'instruction régulière. Cette solution est d'ailleurs celle adoptée par notre droit positif chaque fois qu'il a pris officiellement en considération l'opportunité de la répression, limitée d'ailleurs à l'opportunité politique, c'est-à-dire, en matière d'extradition (692) et en ce qui concerne la poursuite des infractions qui relèvent de la Cour de sûreté de l'Etat (693).

N° 345. — S'il est néanmoins pratiquement impossible d'envisager la suppression des enquêtes de police, rien n'empêche d'en confier la direction au juge d'instruction. De même que le projet Donnedieu de Vabres

(687) *Rev. Int. Dt Pén.*, 1947, 46.
(688) Ouv. cité, p. 187.
(689) J. Catherine, thèse citée, p. 88 et références citées en note.
(690) En ce sens : — Garraud, ouv. cité, t. 2, n° 630 ; — Leloir, Les enquêtes officieuses en matière criminelle, *France Judiciaire*, t. 7, 1882-1883, 1re partie, p. 181.
(691) V. ci-dessus, note 449.
(692) Article 18 de la loi du 10 mars 1927.
(693) Article 27, alinéa 2, de la loi du 15 janvier 1963.

confiait au procureur de la République à la fois la direction des enquêtes de police et celle de l'instruction préparatoire, ce qui correspondait bien à l'idée de « fonctionnaire d'autorité » (694) qu'il se faisait du ministère public, de même, le maintien au ministère public du pouvoir d'enquêter, outre les inconvénients qu'elle emporte du point de vue de la qualification juridique à donner à ses actes (695) n'est pas conforme à l'idée de ministère public - organe de la loi qui est la nôtre. Cette conception appellera, bien sûr, des critiques analogues à celles qu'avait soulevé, en son temps, le projet Donnedieu de Vabres, mais celles-ci ne nous paraissent pas déterminantes.

1° Sur le plan juridique, « on pouvait craindre que le procureur de la République (ici le juge d'instruction) ne veuille, à l'occasion, différer l'ouverture de l'information pour s'en tenir plus ou moins longtemps à l'enquête officieuse » (696), mais cette crainte est essentiellement valable en ce qui concerne l'interrogatoire du suspect, rien n'étant plus éloigné de l'interrogatoire d'instruction soumis à des formes strictes que l'interrogatoire de police, et la solution s'impose d'elle-même.

Il suffit, en premier lieu, de poser en règle que les officiers de police judiciaire ne peuvent plus jamais procéder eux-mêmes à l'interrogatoire de la personne sur laquelle pèsent des indices graves et concordants de culpabilité, solution conforme à celle donnée par le Code de procédure pénale (art. 152), comme par le Code d'instruction criminelle (art. 90), en matière de commission rogatoire et dont la généralisation est réclamée par la plupart des auteurs (697). Comme garantie que cette interdiction sera respectée on pourrait prévoir l'impossibilité pour la police judiciaire de dresser un procès-verbal d'interrogatoire ou de recueillir par écrit des déclaration qualifiées de « volontaires » et l'annulation de toute procédure dans laquelle un écrit de cette sorte aurait été communiqué aux juges (698).

Il suffit de déclarer, en second lieu, « que tout interrogatoire (par le juge d'instruction) doit être tenu pour acte d'instruction et donc suppose ou implique l'ouverture de l'information » qui ne pourrait intervenir, bien entendu, qu'avec l'accord du procureur de la République (699).

2° Sur le plan pratique, on sait que le projet Donnedieu de Vabres a échoué en raison des bouleversements qu'il aurait apportés dans l'organisation judiciaire, mais notre système ne soulève pas, semble-t-il les mêmes difficultés. Le transfert de compétence envisagé doit certainement requérir une augmentation du nombre des juges d'instruction, mais, combiné avec la création des « représentants du gouvernement auprès

(694) V. ci-dessus, n° 214.
(695) V. ci-dessus, n°s 219 et s.
(696) R. Vouin, ét. citée, *D.*, 1950, chr. p. 37.
(697) V. par exemple, Magnol, L'aveu dans la procédure pénale, Rapport aux troisièmes journées de droit franco-latino-américain, tenues à Toulouse les 10 et 11 octobre 1951, *Rev. Int. Dt Comp.*, 1951, 516 ; — en sens contraire, L. Lambert, ét. citée, *R.S.C.*, 1949, supplément, n° 2.
(698) Solution préconisée par Garçon dans une discussion consacrée le 21 décembre 1898 par la Société des prisons à « l'organisation de la défense dans l'instruction préparatoire », *Rev. Pénit.*, 1899, 1.
(699) R. Vouin, ét. citée, *D.*, 1950, chr., p. 37.

des tribunaux » (700), il va amener simultanément une diminution considérable de l'activité des parquets du point de vue quantitatif, sinon du point de vue qualitatif. Il suffirait donc de « reclasser » à l'instruction les substituts libérés par cette réorganisation et cela ne susciterait ni difficultés hiérarchiques, ni difficultés budgétaires.

N° 346. — Conçue de cette façon, la mise en mouvement de l'action répressive se déroulerait donc de la manière suivante. La commission d'une infraction entraînerait normalement l'ouverture d'une enquête préliminaire ou d'infraction flagrante, dirigée par un juge d'instruction et comprenant les mêmes actes qu'actuellement, y compris la garde à vue, mais sans la possibilité d'interroger le suspect. A l'issue de l'enquête, les documents seraient communiqués au procureur de la République qui pourrait, comme actuellement, classer l'affaire sans suites pour des raisons de légalité ou d'opportunité, citer directement le prévenu devant la juridiction de jugement ou requérir l'ouverture d'une information. Dans cette dernière hypothèse, enfin, il conviendrait de laisser au ministère public la possibilité de classer l'affaire sans suites pour des raisons d'opportunité, à la fin de l'instruction et quelle que soit la décision du juge d'instruction.

Mais les intérêts du gouvernement seraient alors insuffisamment représentés, d'où la nécessité d'instituer un fonctionnaire nouveau qui serait chargé d'y veiller.

§ 2. — LA REPRESENTATION DU GOUVERNEMENT AUPRES DES TRIBUNAUX

N° 347. — Il s'agirait ici purement et simplement d'un fonctionnaire nommé et révocable par le gouvernement, dans des conditions qu'il appartiendrait à la loi de définir, et qui pourrait éventuellement relever du ministère de l'intérieur, puisque telle paraît être la tendance actuelle (701). Etant entendu que le gouvernement n'est pas intéressé par tous les procès civils et répressifs et qu'il n'est pas question de rendre nécessaire à la validité de l'action l'intervention de son représentant, qui restera toujours facultative, le nombre de ces agents pourrait être sensiblement inférieur à celui des officiers du ministère public, le problème de l'organisation de ce corps nouveau et de sa hiérarchie éventuelle restant à débattre.

Le représentant du gouvernement auprès des tribunaux aurait pour rôle unique de faire connaître aux juridictions civiles et répressives le vœu du gouvernement, mais il ne semble pas possible, dans notre conception de la procédure, au sens strict du terme, de lui permettre de paraître à l'audience et l'on devrait simplement l'autoriser à effectuer des actes de saisine et à déposer des mémoires écrits.

(700) V. ci-dessous, n°s 347 et s.
(701) V. ci-dessus, n° 213.

N° 348. — En matière répressive, deux situations sont possibles : ou bien le ministère public poursuit alors que le gouvernement aurait voulu qu'on ne poursuive pas, ou se montre dans la conduite de l'action plus ou moins sévère que le gouvernement ne le souhaiterait ; ou bien encore, le ministère public s'abstient de mettre l'action publique en mouvement dans un cas où le gouvernement pense qu'une poursuite est nécessaire.

Dans la première hypothèse, on pourrait autoriser le représentant du gouvernement à déposer devant la juridiction d'instruction ou de jugement des mémoires développant les arguments gouvernementaux. La juridiction prendrait alors une décision au vu des réquisitions du ministère public, des mémoires du représentant du gouvernement et des conclusions de la défense. Il n'est certes pas question de donner à ces juridictions le droit de rendre des ordonnances ou arrêts de non-lieu ou des jugements de relaxe ou d'acquittement pour des raisons d'opportunité, ou de condamner plus sévèrement que la loi ne l'a prévu, mais il est certain que, dans les limites légales, les différents arguments présentés à la juridiction seraient d'un grand poids dans le choix et l'application de la sentence.

Dans la seconde hypothèse, la solution est plus délicate. Il faudrait, semble-t-il, donner au représentant du gouvernement le droit de mettre l'action publique en mouvement, mais cela ne va pas sans difficultés. Nous avons dit qu'on doit dénier au gouvernement, et par conséquent à son représentant, toute compétence pour qualifier juridiquement les faits dont ils souhaitent la répression (702). Le représentant du gouvernement est donc dans l'impossibilité d'user de la voie de la citation directe et encore moins de la procédure spéciale pour la poursuite des délits flagrants, puisqu'il ne peut juridiquement déterminer quelle est la juridiction compétente pour connaître des faits en question auxquels il ne peut appliquer une qualification pénale. Toute procédure ouverte sur l'initiative du représentant du gouvernement devrait donc débuter obligatoirement par une instruction qui nous ramène à l'hypothèse précédente. On doit, d'autre part, permettre au représentant du gouvernement de provoquer par l'intermédiaire du juge d'instruction le renvoi de l'affaire devant la juridiction de jugement compétente, dans la mesure où l'on laisse avec nous au ministère public la possibilité de classer l'affaire sans suites pour raison d'opportunité à l'issue de l'instruction régulière.

N° 349. — En matière civile, le même droit d'initiative doit être donné au représentant du gouvernement, lorsque le ministère public peut se porter partie principale en demande. Le principe de la légalité ne s'appliquant pas avec la même rigueur en matière civile, le droit de saisine du représentant du gouvernement pourra même, cette fois, être direct. Dans tous les autres cas où le ministère public paraît ou peut paraître à l'action civile, le représentant du gouvernement sera autorisé à déposer des mémoires écrits.

(702) V. ci-dessus, n° 194.

N° 350. — Mais l'instauration d'un semblable représentant du gouvernement auprès des tribunaux aurait encore l'intérêt de conférer au ministère public davantage de grandeur, en permettant de le décharger des tâches purement administratives, sans rapports avec sa fonction judiciaire, mais dont on a de plus en plus tendance à l'écraser (703). On pourrait, enfin, ce qui permettrait en même temps au représentant du gouvernement de juger de l'utilité de son intervention, le charger d'effectuer tous les actes d'administration judiciaire pour l'exécution desquels nos codes traitent les officiers du ministère public comme de vulgaires huissiers de justice : transmission des pièces, significations et exécution de diverses décisions... (704).

Ce ne sont là, bien sûr, que quelques éléments d'une nouvelle conception du ministère public qui demanderaient à être encore précisés, mais dont l'adoption permettrait peut-être de conclure avec M. le Doyen Carbonnier, que :

> « Dans un pays, un Etat et un ministère public peuvent suffire au bonheur des citoyens » (705).

(703) V. ci-dessus, n° 49, 2°.
(704) V. ci-dessus, n° 49, 1°.
(705) Droit civil, 1962, t. 1, p. 281.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX

BESSON (A.), VOUIN (R.) et ARPAILLANGE (P.). — *Code annoté de procédure pénale*, t. 1, Paris, 1958.

BOURGUIGNON. — *Manuel d'instruction criminelle*, Paris, 1810.

BOUZAT (P.). — *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Paris, 1951.

BOUZAT (P.) et PINATEL (J.). — *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, 1963, 3 vol.

BRISSAUD. — *Manuel d'histoire du droit français*, Paris, 1904.

BROUCHOT (J.), GAZIER (J.) et BROUCHOT (F.). — *Analyse et commentaire du Code de procédure pénale*, Paris, 1958, 2 vol.

BURDEAU (G.). — *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 10e éd., Paris, 1963,

CARBONNIER (J.). — *Droit civil*, t. 1, Paris, 1962.

CARNOT. — *De l'instruction criminelle*, 2e éd., Paris, 1829, 3 vol.

CHARONDAS LE CARON. — *Mémorables observations du droict françois*, Paris, 1637, 2 vol.

CHENON. — *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, par OLIVIER-MARTIN, Paris, 1929, 3 vol.

CORNU (G.) et FOYER (J.). — *Procédure civile*, Paris, 1958.

CUCHE (P.). — *Précis de procédure civile et commerciale*, 4e éd., Paris, 1929.

CUCHE (P.) et VINCENT (J.). — *Précis de procédure civile et commerciale*, 10e éd., Paris, 1951.

— *Précis de procédure civile*, 13e éd., Paris, 1963.

DENISART. — *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 7e éd., Paris, 1771, 4 vol.

DONNEDIEU DE VABRES. — *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3e éd., Paris, 1947.

DU ROUSSEAU DE LA COMBE. — *Traité des matières criminelles*, 6e éd., Paris, 1769.

DUVERGER (M.). — *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 7e éd., Paris, 1963.

FAUSTIN HÉLIE. — *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, 2e éd., Paris, 1866, 8 vol.

— *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, 5e éd., par J. BROUCHOT, Paris, 1951, 2 vol.

FRÉJAVILLE et SOYER (J.-C.). — *Manuel de droit criminel*, 9e éd., Paris, 1960.

GARRAUD. — *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, 1907-1929, 6 vol.

GARRAUD et LABORDE-LACOSTE (M.). — *Exposé méthodique de droit pénal*, 4e éd., Paris, 1942.

GARSONNET et CÉSAR-BRU. — *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3e éd., Paris, 1912-1925, 9 vol.

GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions de la France*, Paris, 1887-1903, 8 vol.

GLASSON et TISSIER. — *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3e éd., par R. MOREL, Paris, 1925, 5 vol.

IMBERT. — *La pratique judiciaire tant civile que criminelle*, Lyon, 1665.

JAPIOT (R.). — *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3e éd., Paris, 1935.
JOUSSE. — *Traité de la justice criminelle de France*, Paris 1771, 4 vol.

LABORDE. — *Cours de droit criminel*, 2e éd., Paris, 1898.
LE GRAVEREND. — *Traité de la législation criminelle en France*, 3e éd., par DUVERGIER, Paris, 1830, 2 vol.
LEPOINTE. — *Histoire des institutions et des faits sociaux* (987-1875), Paris, 1956.
LE POITTEVIN. — *Code d'instruction criminelle annoté*, Paris, 1911, 2 vol.
LISET (Pierre). — *Brieve et succincte manière de procéder tant à l'instruction et décision des causes criminelles que civiles et forme d'informer en icelles*, Paris, 1555.
LOCRE. — *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Paris, 1827-1832, 31 vol.

MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5e éd., 1827-1828, 18 vol.
— *Recueil alphabétique de questions de droit*, 4e éd., Bruxelles, 1828-1830, 16 vol.
MOREL (R.). — *Traité élémentaire de procédure civile*, 2e éd., Paris, 1949.
MORIN. — *Répertoire général et raisonné de droit criminel*, Paris, 1851, 2 vol.
MUYARD DE VOUGLANS. — *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, 1780.

OLIVIER-MARTIN. — *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, 2e tirage, 1951.
ORTOLAN. — *Eléments de droit pénal*, 5e éd., par DESJARDINS, Paris, 1886, 2 vol.

RÉGNAULT (H.). — *Manuel d'histoire du droit français*, 5e éd., Paris, 1947.
ROUX. — *Cours de droit criminel français*, 2e éd., Paris, 1927, 2 vol.

SERPILLON. — *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de* 1670, Lyon, 1767, 2 vol.
SOLUS (H.) et PERROT (R.). — *Droit judiciaire privé*, t. 1, Paris, 1961.
STEFANI (G.) et LEVASSEUR (G.). — *Droit pénal et procédure pénale, Paris*, 2e éd., 1966, 2 vol.

TRÉBUTIEN. — *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, 1854, 2 vol., 2e éd., par LAISNE-DESHAYES et GUILLOUARD, Paris, 1884, 2 vol.

VIDAL. — *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9e éd., par MAGNOL, Paris, 1947, 2 vol.
VITU (A.). — *Procédure pénale*, Paris, 1957.
VOUIN (R.). — *Manuel de droit criminel*, Paris, 1949.
VOUIN (R.) et LÉAUTÉ (J.). — *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, 2e éd., 1965.

II. — OUVRAGES PARTICULIERS

TRAVAUX COLLECTIFS. — *Actes du cinquième congrès international de droit pénal de Genève*, Paris, 1952.
— *La probation* (*régime de la mise à l'épreuve*) *et les mesures analogues*, Etudes faites sous le patronage de l'O.N.U. en 1951 et traduites de l'anglais par le secrétariat de l'O.N.U., Melun, 1953.
— *Cycle d'études européen sur la probation*, sous le patronage de l'O.N.U., Londres, 20-30 octobre 1952, Actes ronéotypés, 1954.
— *Journées de procédure pénale de Strasbourg*, 9-10 mai 1958, Travaux publiés par J. LÉAUTÉ, Paris, 1960.

ALGLAVE. — *Droit d'action du ministère public en matière civile dans l'intérêt de l'ordre public*, Thèse, Paris, 1868.
— *Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2e éd., Paris, 1874, 2 vol.

ARNAL - DONNEDIEU DE VABRES (M.). — *Le projet de Code d'instruction criminelle, les réformes qu'il introduit, les critiques qu'il soulève*, Thèse dactylographiée, Paris, 1952.
AUBERT. — *Histoire du Parlement de Paris de l'origine à François Ier* (1250-1515), Paris, 1894, 2 vol.

DE BAUFFRES. — *Etude de la mise en mouvement de l'action publique depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Thèse, Toulouse, 1895.
BEAUMANOIR. — *Coutumes de Beauvaisis*, par A. SALMON, Paris, 1899-1900, 2 vol.
BÉCOT. — *De l'organisation de la justice répressive aux principales époques historiques*, Paris, 1860.
BENTHAM. — *De l'organisation judiciaire et de la codification*, Paris, 1828.
BERGER (R.). — *Le système de probation anglais et le sursis continental (étude dogmatique, critique et de droit comparé)*, Thèse, Genève, 1953.
BESSON (A.). — *Le projet de réforme de la procédure pénale*, Rapport suivi du projet de Code de procédure pénale adopté par la commission d'études pénales législatives, le 5 juillet 1955, Paris, 1956.
BILLAUD. — *Guide du juge de paix et du ministère public à l'audience de simple police*, Paris, 1911.
BONNIER. — *Eléments d'organisation judiciaire*, Paris, 1853.
BOULET (M.). — *Questiones Johannis Galli*, Thèse, Paris, 1944.
BOULOC (B.). — *L'acte d'instruction*, Paris, 1965.

CARRÉ. — *La France sous Louis XV*, Paris, 1891.
CATHERINE (J.). — *Les pouvoirs d'instruction du procureur de la République*, Thèse dactylographiée, Paris, 1956.

DAGUESSEAU. — *Œuvres*, Paris, 1757-1789, 13 vol.
DEBACQ. — *De l'action du ministère public en matière civile*, Paris, 1867.
DELACHENAL. — *Histoire des avocats au Parlement de Paris* (1300-1600), Paris, 1885.
DELPON. — *Essai sur l'histoire de l'action publique et du ministère public*, Paris, 1830, 2 vol.
DUTRUC. — *Mémorial du ministère public ou répertoire alphabétique et de jurisprudence, de doctrine, de législation, d'instructions ministérielles et de documents divers concernant les attributions administratives et judiciaires du ministère public*, Paris, 1871, 2 vol.
DU BOYS. — *Histoire du droit criminel de la France, depuis le XVIe siècle jusqu'au XIXe siècle*, Paris, 1874, 2 vol.
DUVERGER. — *Manuel des juges d'instructions*, 3e éd., Paris, 1862, 3 vol.

ESMEIN. — *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882.

FAURE. — *Répertoire administratif des parquets*, Clermont-Ferrand, 1843-1844, 2 vol.
FOUGEYROLLAS (P.). — *Précis des infractions d'audience*, Paris, 1933.

GANGHOFFER (R.). — *L'évolution des institutions municipales en Occident et en Orient au Bas-Empire*, Paris, 1963.
GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, 1919, 2 vol.
GIGOT (F.). — *Les doctrines de l'assemblée constituante* (1789-1791) *relatives à l'organisation judiciaire*, Thèse dactylographiée, Paris, 1952.
GILLET. — *Analyse des circulaires, instructions et décisions diverses émanées du ministère de la Justice*, 3e éd., par DEMOLY, Paris, 1876, 2 vol.
GOYET. — *Le ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique*, 3e éd., M. ROUSSELET et PATIN, Paris, 1953.
GUYOT. — *Etude sur le ministère public en France*, Thèse, Nancy, 1894.

HENRION DE PANSEY. — *De l'autorité judiciaire en France*, 3e éd., Paris, 1827, 2 vol.
HIVER. — *Histoire critique des institutions judiciaires de la France de 1789 à 1848*, Paris, 1851.

JOUAS (P.). — *Le flagrant délit*, Thèse, Caen, 1941.
JOUSSE. — *Traité de l'administration de la justice*, Paris, 1771, 2 vol.
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *De la règle* « nulla pœna sine lege », Thèse, Paris, 1910.

KUBLER (J.). — *L'origine de la perpétuité des offices royaux*, Thèse, Nancy, 1958.
LABOULAYE. — *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats*, Paris, 1845.
LAMBERT (L.). — *Précis de police judiciaire selon le nouveau code comparé à l'ancien*, Lyon, 1959.
LA ROCHE-FLAVIN. — *Treize livres des parlements de France*, Bordeaux, 1617.
LE BRAS (G.). — *L'évolution générale du procurateur en droit privé romain des origines au III^e siècle*, Thèse, Paris, 1922.
LEFÈVRE. — *Les avocats du Roi depuis les origines jusqu'à la Révolution*, Thèse, Paris, 1912.
LELOIR. — *Code des parquets*, Paris, 1889, 2 vol.
LE POITTEVIN. — *Dictionnaire formulaire des parquets et de la police judiciaire*, 8^e éd., par A. BESSON, R. COMBALDIEU et J. SIMÉON, Paris, 1950-1955, 5 vol.
LÉVE. — *De l'action publique, son origine, son caractère.* Thèse, Caen, 1868.
LE SELLYER. — *Traité de l'exercice des actions publique et privée*, Paris, 1874-1875, 2 vol.

MAHUET (H. de). — *La Cour Souveraine de Lorraine et Barrois*, Thèse, Nancy, 1958.
MANGIN. — *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Paris, 1837, 2 vol.
MASSABIAU. — *Manuel du ministère public près les cours et les tribunaux civils, correctionnels et de police*, 5^e éd., par MESNARD, Paris, 1901-1904, 3 vol.
MASSON (G.). — *Les infraction d'audience*, Thèse, Montpellier, 1932.
MELLOR (A.). — *Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle*, Paris, 1952.
MITTERMAIER. — *Traité de la preuve en matière criminelle*, Paris, 1848.
DE MOLÈNES. — *Des fonctions d'officier de police judiciaire*, 2^e éd., Paris, 1834.
— *Traité pratique des fonctions du procureur de la République*, Paris, 1843, 2 vol.
MONTESQUIEU. — *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, 2 vol.

ORTOLAN et LEDEAU. — *Le ministère public en France, Traité et code de son organisation, de sa compétence et de ses fonctions dans l'ordre politique, judiciaire et administratif*, Paris, 1831, 2 vol.
OUDINOT. — *Des droits du Ministre de la Justice sur l'exercice de l'action publique*, Thèse, Paris, 1910.

PIÉRI (G.). — *Les censeurs, contribution à l'histoire du recensement romain des origines à Auguste*, Thèse dactylographiée, Paris, 1965.
PIGE (B.). — *Le juge unique et le statut de la magistrature en France*, Thèse, Paris, 1925.
PLUYETTE. — *Du ministère public*, Thèse, Rennes, 1877.
POMMERAY (L.). — *Etudes sur l'infamie en droit romain*, Paris, 1937.
POUPET (H.). — *La probation des délinquants adultes en France*, Paris, 1955.

ROBILLARD. — *Considérations sur l'institution du ministère public dans le système de l'accusation judiciaire*, Paris, 1821.
ROBINET DE CLÉRY. — *Des droits et obligations du parquet agent du gouvernement*, Paris, 1888.
ROULLET. — *De l'institution et des fonctions du ministère public*, Grenoble, 1883.
ROUSSELET (M.). — *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Paris, 1956, 2 vol.
ROUVIER (L.). — *La chancellerie et les sceaux de France*, 2^e éd., Marseille, 1950.

SAULNIER DE LA PINELAIS. — *Les gens du Roi au Parlement de Bretagne*, 1553-1790, Rennes, 1902.
SAUSSIER. — *Le ministère public et le pouvoir central*, Thèse, Paris, 1910.

SCHENCK. — *Traité sur le ministère public et de ses fonctions dans les affaires civiles, criminelles, correctionnelles et de simple police*, Paris, 1813, 3 vol.
SENN. — *L'institution des avoueries en France*, Paris, 1903.
— *L'institution des vidamies en France*, Paris, 1907.

TALLEYRAND. — *Mémoires*, Paris, 1947.
TESSIER. — *Des origines du ministère public*, Thèse, Caen, 1868.
THÉZARD. — *Le ministère public*, Niort, 1867.
TREYVAUD (D.). — *Légalité ou opportunité de la poursuite pénale*, Thèse, Lausanne, 1961.

VALLET et MONTAGNON. — *Manuel des magistrats du parquet et des officiers de police judiciaire*, Paris, 1890-1899, 3 vol.
VERDUN (H.). — *Des pratiques judiciaires de correctionnalisation* (étude synthétique et critique), Thèse, Aix, 1922.

III. — ARTICLES

ARTICLES ANONYMES. — *Les gens du Roi*, Le Droit, 21 juin 1836.
— *Convient-il d'interdire au ministère public l'accès de la magistrature inamovible*, Journal du ministère public, 1870, p. 269.

PUBLICATIONS COLLECTIVES. — *Journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal de 1955, consacrées à la correctionnalisation, Rapports et discussion*, Rev. Pénit., 1956, p. 26 et s.
— *Le rôle des organes de poursuite dans le procès pénal, Rapports nationaux et colloque préparatoire pour le congrès de l'Association internationale de droit pénal de La Haye* (24-30 août 1964), Rev. Int. Dt Pén., 1964, n^{os} 3 et 4.

ABERKANE (H.). — *Les sanctions relatives au témoignage*, R.S.C., 1959, p. 1.
AUBERT. — *Le ministère public de Saint-Louis à François I^{er}*, Rev. Hist. Dt, 1894, p. 487.

BEKAERT (H.). — *Une expérience de « probation », Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Gand*, le 15 septembre 1948, Rev. Dt Pén., 1948-1949, p. 1.
— *La mission du ministère public en droit privé, dans* Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, t. 2, p. 1, Paris, 1963.
BERNARD (A.). — *Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du gouvernement durant la seconde moitié du XIX^{e} siècle*, dans Livre jubilaire du Conseil d'Etat, Paris, 1949, p. 299.
BESSON (A.). — *La réforme de la procédure pénale*, Conférence faite à la section de droit pénal et de science criminelle de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, le 18 décembre 1953, R.S.C., 1954, p. 1.
— *La police judiciaire et le Code de procédure pénale*, D., 1958, chr., p. 129.
— *L'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale*, R.S.C., 1959, p. 271.
— *Les règles de l'expertise élaborées par le Code de procédure pénale*, D., 1960, chr., p. 51.
BLIN (H.). — *Juris-classeur de procédure pénale*, commentaire des articles 31 à 38.
BLONDET (M.). — *L'enquête préliminaire et le Code de procédure pénale*, J.C.P., 1959, I, 1513.
BROUCHOT (J.). — *La chambre d'accusation*, R.S.C., 1959, 328.
— *La chambre d'accusation*, J.C.P., 1959, I, 1485.
BRUNEAU. — *De la hiérarchie du ministère public*, Rev. Hist. Dt, 1860, p. 171.
BURDEAU (G.). — *Remarques sur la classification des fonctions étatiques*, Rev. Dt Pub., 1945, p. 102.

CAHEN-SALVADOR (G.). — *Un grand commissaire du gouvernement*, Jean ROMIEU, dans Livre jubilaire du Conseil d'Etat, Paris, 1949, p. 329.

CALEB (M.). — *Considérations sur le nouveau projet de Code d'instruction criminelle*, R.S.C., 1952, p. 19.
— *L'expérience lilloise de la peine différée*, R.S.C., 1956, p. 453.
CANNAT (P.). — *Les expériences tentées en matière d'exécution des courtes peines d'emprisonnement*, R.S.C., 1954, p. 146.
CHAMBON (P.). — *Le juge d'instruction face au Code de procédure pénale*, J.C.P., 1959, I, 1531 b.
CHENON. — *Etude historique sur le* defensor civitatis, Rev. Hist. Dt, 1889, 321.
CLERC (F.). — *A propos des controverses en Suisse sur les principes de l'opportunité et de la légalité des poursuites*, Rev. Pén. Suisse, 1948, p. 161.
COLOMBINI (A.). — *Considérations sur le projet de Code d'instruction criminelle*, J.C.P., 1950, I, 854.
CORNIL (P.). — *Sursis et probation* (loi belge du 29 juin 1964), R.S.C., 1965, 51.
COUMOUL. — *Précis historique sur le ministère public*, Rev. Hist. Dt, 1881, p. 299.

DESJARDINS. — *Le juge d'instruction et le ministère public dans le nouveau Code d'instruction criminelle*, France judiciaire, t. 7, 1882, 1re partie, p. 249.
DONNEDIEU DE VABRES. — *La réforme de l'instruction préparatoire*, conférence faite au mouvement national judiciaire, le 20 mai 1949, R.S.C., 1949, p. 499.

ESCANDE (P.). — *Juris-classeur de procédure pénale*, commentaire des articles 12 à 21.
EYSSAUTIER. — *Mode de nomination du ministère public*, Journal du ministère public, 1873, p. 67.

FAUSTIN HÉLIE. — *De l'autorité des cours d'appel sur la police judiciaire*, France judiciaire, t. 8, 1883-1884, p. 287.
FOURNIER (E.). — *L'Eglise et les origines du ministère public*, Mémoires de l'Académie d'Arras, Arras, 1932.

GAVALDA (C.). — *La théorie de la prescriptions des actions en procédure pénale*, dans Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, 1956, p. 77.
GERMAIN (C.). — *Le sursis et la probation*, conférence prononcée le 20 mai 1954 à la semaine internationale d'études des sciences criminelles et pénitentiaires (Strasbourg, 18-22 mai 1954), R.S.C., 1954, p. 631.
GLASSON. — *Le Roi grand justicier*, Rev. Hist. Dt, 1902, 711 et 1903, 76.
GRANIER (J.). — *Juris-classeur de procédure pénale*, commentaire des articles 1 à 5.
— *Le juge d'instruction et la nouvelle procédure de flagrance*, J.C.P., 1959, I, 1521.
GRAVEN (J.). — *Compte rendu du Ve congrès international de droit pénal* (28-30 juillet 1947), Rev. Int. Dt Pén., 1947, numéro spécial, p. 46.
— *Organisation et fonction du ministère public en Suisse*, R.S.C., 1964, p. 54.
GRIMAL (P.). — *Une expérience du parquet de Mulhouse*, R.S.C., 1958, 479.
GUILLIEN (R.). — *Les commissaires du gouvernement près les juridictions administratives et spécialement près le Conseil d'Etat français*, Rev. Dt Pub., 1955, p. 281.
GUYON (Y.). — *De la dénonciation calomnieuse en cas de classement sans suites de la plainte portée contre la personne dénoncée* (article 373 du Code pénal), J.C.P., 1965, I, 1895.

HAYOIT DE TERMICOURT (R.). — *Propos sur le ministère public*, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles, le 15 septembre 1935, Rev. Dt Pén., 1935-1936, p. 961.
HÉBRAUD (P.). — *Justice 59, I. L'autorité judiciaire*, D., 1959, chr. p. 77.
HERZOG (J.-B.). — *Le rôle du parquet dans l'assainissement des professions industrielles et commerciales*, R.S.C., 1963, p. 852.

LABORDE. — *Pendant combien de temps le flagrant délit autorise-t-il l'arrestation par mesure de police ?* Rev. Pénit., 1908, p. 930.
LACRETELLE. — *Dissertation sur le ministère public*, dans Œuvres, Paris, 1823, t. 3, p. 27.
LAFONTAINE. — *Du droit d'action du ministère public en matière civile*, Rev. crit., 1962, p. 385.

LAMBERT (L.). — *Nécessité judiciaire, sociale et morale de l'interrogatoire policier*, R.S.C., 1949, supplément, n° 2.
LANGLOIS (L.). — *L'enquête de flagrant délit, son point de départ, sa durée*, J.C.P., 1961, I, 1611.
LAPLATTE (C.). — *Le Garde des sceaux, Ministre de la Justice*, Le Pouvoir Judiciaire, janvier, avril et juillet-août 1947.
— *En marge du nouveau projet de Code d'instruction criminelle*, R.S.C., 1951, p. 147.
LAURENT (J.-C.). — *Le classement sans suites*, Rec. Dt Pén., 1948, p. 97.
— *La correctionnalisation* (les problèmes de fond), J.C.P., 1950, I, 852.
— *Procédure pénale et correctionnalisation*, J.C.P., 1950, I, 877.
LELOIR. — *Les enquêtes officieuses en matière criminelle*, France judiciaire, t. 7, 1882-1883, 1re partie, p. 181.
LELOIR (G.). — *Une réforme inaperçue* (abrogation de l'article 11 de la loi du 20 avril 1810), R.S.C., 1936, p. 21.
LEVASSEUR (G.). — *Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions*, D., 1959, chr., p. 121.
— *Vers une procédure d'instruction contradictoire*, R.S.C., 1959, p. 297.
— *La Cour de sûreté de l'Etat*, lois du 15 janvier 1963, G.P., 1963, 1, doctrine, p. 26.

MAGNOL. — *L'aveu dans la procédure pénale*, Rapport aux troisièmes journées de droit franco-latino-américaines, Toulouse, 10-11 octobre 1951, Rev. Int. Dt Comp., 1951, p. 516.
MARX (Y.). — *La probation, état actuel et aspects sociaux*, Rev. Pénit., 1955, p. 729.
MIMIN (P.). — *La nouvelle enquête policière*, J.C.P., 1959, I, 1500.

PARINGAULT. — *De l'adage que tout juge est officier du ministère public et de son application tant dans l'ancien droit que dans le droit actuel*, Rev. Hist. Dt, 1857, p. 142.
PATIN. — *La correctionnalisation législative des crimes*, R.S.C., 1948, p. 187.
PÉDAMON (M.). — *La fouille corporelle*, R.S.C., 1961, p. 467.
PÉRIER. — *Du ministère public à l'audience civile*, Rev. Crit., 1865, p. 494 et 1866, p. 59.
PERREAU (B.). — *A propos d'une pratique judiciaire illégale*, Rev. Crit., 1930, p. 441.
PROST. — *L'immunité*, Rev. Hist. Dt, 1882, 113 et 262.

RAPPAPORT. — *La réforme de la procédure pénale en Pologne dans ses rapports avec le Code pénal de* 1932, R.S.C., 1937, p. 163.
REBOUL (M.). — *Grandeur et misères de l'expérience toulousaine de la probation*, R.S.C., 1954, p. 497.
REVERCHON. — *De l'indépendance du ministère public dans l'exercice de ses fonctions*, Le Droit, 8, 9, 10 février 1869.
ROBINET DE CLÉRY. — *Les droits du Ministre de la Justice et du ministère public en matière criminelle*, Rev. Crit., 1876, p. 424.
ROLLAND (M.). — *Le ministère public en droit français*, J.C.P., 1956, I, 1271 et 1281.
— *Le ministère public, agent non seulement de répression, mais de prévention*, J.C.P., 1957, I, 1342.

SALINGARDES (B.). — *Juris-classeur de procédure pénale*, commentaire des articles 39 à 44.
SAUVEL (T.). — *Les origines des commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, Rev. Dt Pub., 1949, p. 5.
SOLUS (H.). — *La jurisprudence et le droit du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public*, dans Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant, Paris, 1937, p. 769.
STEFANI (G.). — *L'acte d'instruction*, dans Problèmes contemporains de procédure pénale, Paris, 1964, p. 135.
— *Le domaine de la loi et du règlement en matière pénale*, dans Etudes juridiques offertes à Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris, 1964, p. 531.

VAN DOOGHENBROECK (P.). — *Commentaire de la loi belge du 29 juin* 1964, Rev. Dt Pén., 1964-1965, p. 733.
VEDEL (G.). — *Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires frappant les magistrats du parquet*, Le Pouvoir Judiciaire, octobre 1953.
VIENNE (R.). — *Le cycle européen d'études sur la probation* (Londres, 20-30 octobre 1952), Compte rendu, R.S.C., 1953, p. 63.
VINCENT (J.). — *La procédure civile et l'ordre public*, dans Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Paris, t. 2, 1961, p. 303.
VITU (A.). — *Le classement sans suites*, R.S.C., 1947, p. 505.
— *Une nouvelle juridiction d'exception : la Cour de sûreté de l'Etat*, R.S.C., 1964, p. 1.
VOUIN (R.). — *Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle*, D., 1950, chr., p. 37.
— *Le ministère public dans l'exercice de sa « magistrature particulière » en matière répressive*, J.T., 1953, p. 81.
— *La probation ou mise à l'épreuve et le procès de répression*, Rev. Dt Pén., 1956-1957, p. 907.
— *Le Code de procédure pénale*, J.C.P., 1959, I, 1477.
— *L'application du Code de procédure pénale et le malheur des temps*, R.S.C., 1962, p. 62.
— *Le procureur de la République et ses problèmes*, dans Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à Marcel LABORDE-LACOSTE, Bordeaux, 1963. p. 459.
— *La Cour de sûreté de l'Etat* (lois du 15 janvier 1963), J.C.P., 1963, I, 1764.

IV. — PRINCIPAUX, RAPPORTS, REQUISITOIRES, CONCLUSIONS, NOTES ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE CITES

BAUDOUIN. — Conclusions pour Cass. Crim., 28 mai 1892, S., 1893, 1, 329.
BINET. — Note sous Cass. Civ., 17 décembre 1913, D., 1914, 1, 26.
BROUCHOT (J.). — Rapport pour Cass. Crim., 22 janvier 1953, J.C.P., 1953, II, 7456.
BRUNET (J.). — Note sous Cass. Crim., 22 janvier 1953, S., 1953, 1, 89.

CARTOU (L.). — Note sous C.E., 26 juin 1953, J.C.P., 1953, II, 7810.
CHAMBON (P.). — Note sous Cass. Crim., 4 décembre 1956, J.C.P., 1957, II, 9725.
COLOMBINI (A.). — Note sous Cass. Crim., 31 mai 1949, J.C.P., 1949, II, 5207.
— Note sous Cass. Crim., 1er décembre 1949, J.C.P., 1950, II, 5363.
— Note sous Aix-en-Provence, 12 juin 1951, J.C.P., 1951, II, 6544.
COMBALDIEU (R.). — Note sous Cass. Crim., 17 décembre 1964, J.C.P., 1964, II, 14042.

DUPIN. — Réquisitoire pour Cass. Crim., 22 janvier 1862, D., 1862, 1, 5.

HAURIOU. — Note sous C.E., 8 décembre 1926, S., 1927, 3, 17.
HÉBRAUD (P.). — Observations pour C.E., 26 juin 1953, R.T.D. Civ., 1954, 144.
HUGUENEY (L.). — Note sous Cass. Crim., 15 avril 1937, S., 1938, 1, 233.
— Note sous Cass. Crim., 11 février 1938, S., 1938, 1, 235.
— Note sous Cass. Crim., 9 mars 1950, S., 1951, 1, 153.
— Observations pour Bordeaux, 15 mai 1952, R.S.C., 1952, 612.
— Observations pour Trib. Correct. Lille, 9 octobre 1954, *R.S.C.*, 1956, 114.
— Observations pour Trib. Correct. Fougères, 2 octobre 1956, R.S.C., 1957, 139.
— Observations pour Cass. Crim., 22 décembre 1958, R.S.C., 1958, 681.

J. M. — Note sous Cass. Crim., 16 janvier 1964, D., 1964, J, 194.
J. P. B. — Note sous Trib. Correct. Châteauroux, 28 février 1951, J.C.P., 1952, II, 6680.

LARGUIER (J.). — Note sous Cass. Crim., 31 mars 1960, J.C.P., 1960, II, 11636.
LAUBADÈRE (A. de). — Note sous C.E., 11 mai 1953 et C.E., 26 juin 1953, S., 1954, 3, 1.
LÉAUTÉ (J.). — Note sous Trib. Correct. Corbeil, 5 avril 1954, Rev. Crit. D.I.P., 1954, 602.
— Note sous Paris, 16 mai 1956, Rev. Crit. D.I.P., 1957, 100.

Le Clère. — Note sous Cass. Crim., 27 juillet 1964, J.C.P., 1964, II, 13941.
Legal (A.). — Note sous Alger, 2 mai 1947, S., 1948, 2, 149.

Matter. — Conclusions pour Cass. Ch. Réunies, 29 janvier 1931, D.P., 1931, 1,94.
Mosset. — Conclusions pour C.E., 26 juin 1953, Le Pouvoir Judiciaire, juillet 1953.

Nast. — Note sous Paris, 28 juillet 1925, D.P., 1926, 2, 49.

P. C. — Note sous Cass. Crim., 17 juin 1964, J.C.P., 1965, II, 14028.

Roux. — Note sous Cass. Crim., 27 avril 1899, S., 1900, 1, 425.
— Note sous Cass. Crim., 20 mars 1903, S., 1904, 1, 425.
— Note sous Cass. Crim., 24 août 1911, S., 1914, 1, 113.
Ruben de Couder. — Note sous Cass. Civ., 17 décembre 1913, S., 1914, 1, 153.

Vouin (R.). — Note sous Cass. Crim., 22 juillet 1954, J.C.P., 1954, II, 8351.
— Note sous Cass. Crim., 16 juin 1955, J.C.P., 1955, II, 8851.

INTRODUCTION

N°s		Pages
1	— MONTESQUIEU, l'opinion publique et le ministère public.	
2 et 3	— Le ministère public, partie à l'action en justice.	
4	— Rôle du parquet général près la Cour de cassation.	
5 et 6	— La complexité du ministère public.	
7	— La doctrine et le ministère public. 1° Les praticiens. 2° La doctrine classique.	
8	— Les problèmes discutés. 1° Le droit d'action du ministère public en matière civile. 2° L'égalité des parties en matière répressive.	
9	— Explication de l'attitude de la doctrine.	
Section I.	— *LE MINISTERE PUBLIC ET SON PASSE*	7
10 à 15	— 1° Les ministères publics « antiques ». *a*) Les censeurs. *b*) Les défenseurs des cités. *c*) Les irénarques, *curiosi, stationarii, frumentarii.* *d*) Les présidents des questions. *e*) Les procureurs des césars.	
16	— Réfutation de ces différentes théories.	
17 à 23	— 2° La théorie classique de l'origine du ministère public. *a*) Apparition de l'institution. *b*) Développement. *c*) Continuité.	
	§ 1. — L'ORIGINE DU MINISTÈRE PUBLIC	16
24	— Les confusions doctrinales.	
25 à 27	— *A*) La double origine du procureur du Roi et de l'avocat du Roi	16

28 — *B*) Le développement de l'institution 20

29 — § 2. — Le ministère public d'ancien régime 21

A) L'institution du ministère public d'ancien régime 21

30 et 31 — Absence d'unité véritable du ministère public.

32 et 33 — Primauté du rôle politique du procureur général.

B) La fonction judiciaire du ministère public d'ancien régime 25

34 — Plume et parole.

35 — 1° *L'avocat du Roi et la procédure civile* 26

2° *Le procureur du Roi et la procédure criminelle* 26

36 — 1° La mise en mouvement de l'action publique.

a) Primauté de la partie civile.

b) Primauté des juges de jugement.

— Le procureur n'a pas d'initiative personnelle.

— Les juges peuvent poursuivre d'office.

37 — 2° Le déroulement du procès pénal.

a) Tout juge est officier du ministère public.

b) Détails qui limitent l'influence du ministère public.

38 — Désaffection générale pour la procédure criminelle.

39 — § 3. — Le ministère public et la tourmente révolutionnaire 31

40 et 41 — *A*) La disparition des « gens du Roi » 31

42 à 45 — *B*) La naissance du ministère public, organe judiciaire 32

Section II. — LE MINISTERE PUBLIC ET SES PROBLEMES 35

46 et 47 — Le ministère public et les textes napoléoniens.

§ 1. — L'étendue des problèmes posés par le ministère public : nature incertaine et complexité des fonctions 36

48 — Le ministère public « fonctionnaire » et « magistrat ».

49 — Le ministère public « administrateur ».

1° Le ministère public et l'administration judiciaire.

2° Le ministère public « agent local du Ministre de la Justice ».

50 — L'évolution de la fonction judiciaire du ministère public.

§ 2. — La solution donnée par le code de procédure pénale et les ordonnances de 1958 aux problèmes que pose le ministère public 39

51 et 52 — Rôle respectif de ces différents textes.

53 — La solution donnée au problème institutionnel.

54 — La solution donnée au problème fonctionnel.

Première partie :

L'INSTITUTION

INTRODUCTION : POSITION DES PROBLEMES 45

55 — La terminologie traditionnelle et ses insuffisances.

Section I. — *LE STATUT DES OFFICIERS ET L'ACTION DU MINISTERE PUBLIC* 46

56 — Importance de la distinction.

§ 1. — LE PARTICULARISME DE LA SITUATION STATUTAIRE DES OFFICIERS DU MINISTÈRE PUBLIC 46

57 — Permanence de ce particularisme.

58 et 59 — *A*) La situation statutaire des officiers du ministère public dans l'ancien droit 46

B) La situation statutaire des officiers du ministère public en droit positif 48

60 — Renversement de la situation par rapport à l'ancien droit.

1° *Recrutement et déroulement de la carrière* 48

61 et 62 — Identité de principe entre magistrats du siège et magistrats du parquet.

2° *Régime disciplinaire* 49

63 — Opposition de principe entre magistrats du siège et magistrats du parquet.

64 et 65 — L'affaire Dorly et les textes nouveaux.

§ 2. — L'ABSENCE D'INFLUENCE RÉCIPROQUE DE LA SITUATION STATUTAIRE ET DE LA SITUATION JURIDIQUE DES OFFICIERS DU MINISTÈRE PUBLIC 51

66 — Le droit de surveillance et le droit de direction du Garde des sceaux.

67 et 68 — *A*) Absence d'influence de la situation statutaire sur la situation juridique, en droit 52

69 — *B*) Absence d'influence de la situation juridique sur la situation statutaire 53

Section II. — *LA SOUMISSION AU POUVOIR CENTRAL ET L'ORGASATION HIERARCHIQUE DU MINISTERE PUBLIC* 54

70 — L'indépendance des deux questions révélées par l'histoire.

§ 1. — L'ANCIEN DROIT : ABSENCE D'ORGANISATION HIÉRARCHIQUE MAIS SOUMISSION AU POUVOIR CENTRAL 55

71 — *A*) L'absence d'organisation hiérarchique 55

72 — 1° *Gens du seigneur et gens du Roi* 55
2° *Les officiers du ministère public les uns à l'égard des autres* 55

73 et 74 — *a*) La « hiérarchie » et le Chancelier 55

75 et 76 — *b*) Les rapports de l'avocat et du procureur au sein d'un même parquet 57

77 — *B*) La soumission au pouvoir central 59

78 — § 2. — LE DROIT INTERMÉDIAIRE : ABSENCE D'ORGANISATION ET SOUMISSION INCERTAINE AU POUVOIR CENTRAL 60

79 et 80 — § 3. — LES TEXTES NAPOLÉONIENS : RESTAURATION DE LA SOUMISSION AU POUVOIR CENTRAL ET INSTAURATION DE L'ORGANISATION HIÉRARCHIQUE 61

Chapitre I. — L'ORGANISATION HIERARCHIQUE DU MINISTERE PUBLIC 63

81 — Esprit des nouveaux textes.

Section I. — LE RENFORCEMENT DE LA DEPENDANCE HIERARCHIQUE : LA CONCENTRATION DES POUVOIRS AU SEIN D'UN MEME PARQUET 63

82 — Position du problème.

83 à 86 — § 1. — LA QUESTION SOUS LE RÉGIME DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE ET DES TEXTES DE 1810 65

§ 2. — LA SOLUTION DONNÉE PAR LE CODE DE PROCÉDURE PÉNALE .. 68

87 et 88 — La solution de la dépendance en matière répressive.

89 — Le problème en matière civile.

Section II. — LE RENFORCEMENT ET L'AMENAGEMENT DE LA SUBORDINATION HIERARCHIQUE : LES RAPPORTS DE PARQUET A PARQUET 70

90 — Le double aspect de la réforme.

91 à 93 — § 1. — RENFORCEMENT DE LA HIÉRARCHIE TRADITIONNELLE 70

94 — § 2. — AMÉNAGEMENT DES CHAÎNONS EXTRÊMES DE LA HIÉRARCHIE 72

95 — *A*) Le procureur général près la Cour de cassation 73
B) L'officier du ministère public auprès du tribunal de police 73

96 à 99 — 1° *La controverse sous le régime du Code d'instruction criminelle* 74
2° *La solution donnée par le Code de procédure pénale* 77

100 à 102 — Principe de dépendance à l'égard du procureur de la République.

103 — Mise en œuvre.

104 — Conséquence dans les rapports avec le procureur général.

105 — Conclusion d'ensemble sur l'organisation hiérarchique 81

Chapitre II. — LA PORTEE DE L'ORGANISATION HIERARCHIQUE DU MINISTERE PUBLIC : DEPENDANCE ET SUBORDINATION 82

106 à 113 — L'incertitude quant aux personnes tenues d'obéir et aux ordres susceptibles d'être donnés.

1° L'unité du parquet.
a) L'indivisibilité du ministère public.
b) L'absolutisme de la dépendance hiérarchique.

2° Les rapports de parquet à parquet.
a) La situation en matière répressive.
b) Le problème en matière civile.

Section I. — SUBORDINATION HIERARCHIQUE ET PROCEDURE PENALE 87

114 à 116 — Définition de la « poursuite ».

117 — § 1. — LE GARDE DES SCEAUX ET L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE 90

118 — *A*) La position doctrinale 90

119 à 122 — *B*) Le Garde des sceaux et les textes 92

123 et 124 — *C*) La jurisprudence 94

125 — Conclusion sur le rôle du Ministre de la Justice.

§ 2. — L'ORDRE DE NE PAS POURSUIVRE LES TEXTES 97

126 à 129 — *A*) Les textes du Code d'instruction criminelle 97

B) Les textes du Code de procédure pénale 100

130 et 131 — La lettre du code.

132 — L'esprit du code.

Section II. — SUBORDINATION HIERARCHIQUE ET PROCEDURE CIVILE 104

133 — Terminologie et contenu des ordres.

134 — La doctrine et les textes.

135 et 136 — § 1. — LA SITUATION ANTÉRIEURE A L'ORDONNANCE DU 23 DÉCEMBRE 1958 105

137 et 138 — § 2. — L'ordonnance du 23 décembre 1958 107

139 — Conclusion : étendue de la subordination hiérarchique en matière civile et en matière répressive 108

Chapitre III. — LES LIMITES DE LA SUBORDINATION ET DE LA DEPENDANCE HIERARCHIQUE 109

140 et 141 — Détermination et domaines d'application respectifs.

Section I. — LE POUVOIR PROPRE DES CHEFS DE PARQUET, EXCEPTION A LA SUBORDINATION HIERARCHIQUE 110

142 — Nécessité d'en préciser le contenu.

§ 1. — Domaine du pouvoir propre des chefs de parquet 110

143 — Sources.

A) Le « pouvoir propre » 111

144 — Le droit d'impulsion.

1° Le droit d'initiative.

2° Le droit d'appréciation personnelle.

145 — Le droit de résistance, aspects positif et négatif.

146 à 149 — *B*) Les « chefs de parquet » 113

§ 2. — Le pouvoir indirect de substitution du procureur général 115

150 et 151 — Différence entre le procureur général et le Ministre de la Justice.

152 — L'efficacité de la subordination hiérarchique quant aux personnes qui donnent et reçoivent les ordres 117

153 — L'efficacité de la subordination hiérarchique en matière pénale et en matière civile.

154 — L'efficacité de la subordination hiérarchique en ce qui concerne les ordres de poursuivre et de ne pas poursuivre.

Section II. — LE PRINCIPE DE LA LIBERTE DE PAROLE DES OFFICIERS DU MINISTERE PUBLIC, EXCEPTION A LA SUBORDINATION ET A LA DEPENDANCE HIERARCHIQUES 119

155 et 156 — Etendue de la liberté de parole.

157 et 158 — Intérêt pratique.

1° Dans l'ordre hiérarchique.

2° Au sein d'un même parquet.

159 — § 1. — Sources de la liberté de parole 122

160 à 162 — *A*) La tradition historique 123

163 à 165 — *B*) Les travaux préparatoires du Code d'instruction criminelle 125

166 à 169 — *C*) Les articles 48 et 49 du décret du 6 juillet 1810 126

170 — *D*) L'article 6 de l'ordonnance du 12 juin 1828 128

171 — Conclusion : La liberté de parole est fondée sur une coutume consacrée par les textes nouveaux.

172 — *E*) Les textes de 1958 129

§ 2. — SENS DE L'ADAGE « SI LA PLUME EST SERVE, LA PAROLE EST LIBRE » 130

173 — Les deux solutions possibles.

174 — *A*) L'adage pris au sens littéral 130

175 et 176 — *B*) Le sens rationnel de l'adage 131

§ 3. — LA LIBERTÉ DE PAROLE DES OFFICIERS DU MINISTÈRE PUBLIC DANS LES TEXTES NOUVEAUX 133

177 et 178 — Le conservatisme des textes nouveaux.

179 — La rédaction satisfaisante.

Conclusion. — VALEUR DE L'ORGANISATION HIERARCHIQUE DU MINISTERE PUBLIC 137

180 à 183 — La justification fournie par la doctrine classique.

184 et 185 — Sa valeur.

1° Elle est illogique.

2° Elle est insuffisante.

Section I. — *LE MINISTERE PUBLIC DE* LEGE FERENDA 141

186 — Le « donné » du ministère public.

§ 1. — LE MINISTÈRE PUBLIC ET LE POUVOIR CENTRAL 141

A) Le ministère public agent du titulaire de la souveraineté 141

187 et 188 — Le principe de la souveraineté populaire.

189 — Sa mise en œuvre en ce qui concerne le ministère public.

190 — *B*) Rôle du ministère public représentant de la société auprès des tribunaux 143

1° *Le ministère public et la loi* 143

191 et 192 — Le ministère public est en toute matière le défenseur de la loi.

193 — Conséquences :
1° Nécessaire unité du ministère public en matière civile et en matière répressive.
2° Nécessaire appartenance du ministère public à la magistrature.
3° Rejet des systèmes de l'accusation populaire et de l'élection directe d'un accusateur public.

2° *Le ministère public et le gouvernement* 146

194 à 197 — Distinction de l'intérêt de la loi et de l'intérêt du gouvernement.

3° *Le ministère public, la loi et le gouvernement* 148

198 à 200 — Les officiers du ministère public doivent être des magistrats bénéficiant, dans l'exercice de leurs attributions, d'une délégation directe de la loi, et seulement invités à tenir compte du point de vue du gouvernement.

§ 2. — LES RAPPORTS DES OFFICIERS DU MINISTÈRE PUBLIC ENTRE EUX 150

201 et 202 — Nécessité d'une hiérarchie « scientifique » des officiers du ministère public.

Section II. — LE MINISTERE PUBLIC EN DROIT POSITIF 151

203 — § 1. — LES TEXTES DE 1810 151

204 à 207 — La soumission au pouvoir central et le rôle accordé au Garde des sceaux.

208 — Le pouvoir propre des chefs de parquet.

§ 2. — L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION DES TEXTES 154

209 à 211 — La doctrine ne dénonce pas les erreurs commises.

212 — Elle en aggrave les conséquences.

§ 3. — LES TEXTES DE 1958 157

213 — Le ministère public « haut fonctionnaire du pouvoir exécutif ».

Deuxième partie :

LA FONCTION

INTRODUCTION : POSITION DES PROBLEMES 161

214 — Liens entre la conception de l'institution et la nature de la fonction reconnue au ministère public.

215 à 217 — Rappel de l'évolution de la fonction judiciaire du ministère public depuis le Code d'instruction criminelle.

Chapitre I. — LES ENQUETES DE POLICE ET LA HARDIESSE DU CODE DE PROCEDURE PENALE 162

218 à 224 — Nature juridique des actes d'enquête.

225 à 228 — Le ministère public et la fonction d'instruction.

Section I. — DOMAINE DES POUVOIRS D'INFORMATION DU PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE 172

229 — § 1. — DOMAINE DE L'ENQUÊTE D'INFRACTION FLAGRANTE 172

230 — Le particularisme de l'infraction flagrante.

231 à 233 — *A*) L'enquête d'infraction flagrante dans le Code d'instruction criminelle et le Code de procédure pénale 173

B) La notion d'infraction flagrante 175

234 à 236 — 1° *Quelles sont les infractions dont la commission peut entraîner l'ouverture d'une enquête d'infraction flagrante ?* 175

2° *Que doit-on entendre par « état de flagrance » ?* 177

237 et 238 — Le bon sens et les textes.

239 — L'infraction se commet actuellement.

240 — L'infraction vient de se commettre.

1° La jurisprudence antérieure.

2° Le Code de procédure pénale.

241 — L'existence de traces ou d'indices et la clameur publique.

1° La notion de temps « très voisin » de l'infraction.

2° Le problème du délit occulte.

3° Les conditions des vérifications policières.

242 — La réquisition du chef de maison.

243 — La découverte d'un cadavre.

244 — Conclusion : l'infraction non flagrante.

245 — *C*) Pendant combien de temps l'enquête d'infraction flagrante peut-elle se poursuivre ? 184

246 — § 2. — DOMAINE ET CONDITIONS DE L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE 185

247 et 248 — *A*) Moment de l'enquête préliminaire 186

249 à 251 — *B*) Le consentement de la personne interpellée dans l'enquête préliminaire 187

Section II. — CONTENU DES POUVOIRS D'INFORMATION DU PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE COMPARES A CEUX DU JUGE D'INSTRUCTION 189

252 — Distinction entre les choses et les personnes.

253 à 256 — Identité sur ce point entre l'enquête d'infraction flagrante et l'enquête préliminaire.

§ 1. — POUVOIRS D'INFORMATION SUR LES CHOSES DU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE ET DU JUGE D'INSTRUCTION 191

257 — *A*) Le transport sur les lieux 191

258 — *B*) Les perquisitions et les saisies 192

259 — *C*) L'expertise 193

§ 2. — POUVOIRS D'INFORMATION SUR LES PERSONNES DU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE ET DU JUGE D'INSTRUCTION 194

260 — *A*) Le procureur de la République, le juge d'instruction et les témoins 194

261 à 263 — 1° *L'audition des témoins* 194

264 — 2° *La rétention des témoins* 195

B) Le procureur de la République, le juge d'instruction et le suspect 196

265 et 266 — 1° *L'interrogatoire* 197

267 — 2° *La privation de liberté du suspect* 198

268 — Distinction, dans l'instruction, de la recherche du jugement.

269 — Rôle du ministère public lorsque l'instruction n'est pas obligatoire.

270 — Rôle du juge d'instruction lorsque l'instruction est obligatoire.

Chapitre II. — LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUL ET LA TIMIDITE DU CODE DE PROCEDURE PENALE 201

271 — Le ministère public peut seul exercer ses attributions.

272 — Les magistrats du siège peuvent parfois prendre l'initiative de l'action.

273 — L'ordre d'agir donné au ministère public par les magistrats du siège.

274 — Le projet de réforme de 1879 et le Code de procédure pénale.

Section I. — LES JURIDICTIONS D'INSTRUCTION ET LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE 203

§ 1. — LE JUGE D'INSTRUCTION ET LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE 204

275 — Le droit de se saisir lui-même.

276 — L'étendue de la saisine.

§ 2. — LA CHAMBRE D'ACCUSATION ET LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE 205

277 et 278 — Le régime du Code d'instruction criminelle.

279 — Le Code de procédure pénale.

Section II. — LES JURIDICTIONS DE JUGEMENT ET LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE 208

280 — La volonté de systématisation du Code de procédure pénale.

281 — § 1. — CAS OU UNE JURIDICTION A ÉTÉ SAISIE A TORT DE FAITS QU'ELLE N'EST PAS COMPÉTENTE POUR JUGER 208

282 et 283 — § 2. — POURSUITE DES NOUVEAUX FAITS RÉVÉLÉS A L'AUDIENCE .. 209

§ 3. — LES INFRACTIONS D'AUDIENCE 210

284 — *A*) Le faux témoignage 210

B) Les délits d'audience 211

285 à 287 — Distinction du trouble apporté à la sérénité de l'audience et de l'infraction banale commise à l'audience.

288 — Conclusion : Le Code de procédure pénale ne fait pas du ministère public la seule partie poursuivante.

Chapitre III. — L'APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DE LA REPRESSION ET LE SILENCE DU CODE DE PROCEDURE PENALE 215

289 et 290 — Les deux conceptions possibles.

Section I. — L'APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DE LA REPRESSION 216

291 et 292 — Terminologie.

§ 1. — LES ÉLÉMENTS DE L'APPRÉCIATION DE L'OPPORTUNITÉ DE LA RÉPRESSION 218

293 — Eléments appréciés par le ministère public seul et éléments fournis au ministère public.

294 et 295 — Influence de la répression sur la personne du délinquant.

296 — Intérêt pour l'ordre social d'une répression plus ou moins sévère.

297 — La plainte de la victime et l'opportunité individuelle.

298 — Les circulaires de la Chancellerie et l'opportunité générale.

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DE L'APPRÉCIATION DE L'OPPORTUNITÉ DE LA RÉPRESSION 222

299 — Liens entre l'appréciation de la légalité et l'appréciation de l'opportunité.

300 à 302 — Classement sans suites et actes juridictionnels.

Section II. — *L'APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DE LA REPRESSION EN DROIT POSITIF* 226

§ 1. — L'OPPORTUNITÉ DE LA RÉPRESSION ET LE CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE 226

A) Les textes et leur interprétation 226

303 et 304 — La lettre du code.

305 et 306 — L'esprit du code.

B) L'application du Code d'instruction criminelle 229

307 et 308 — Les circulaires et la jurisprudence.

309 — La pratique.

§ 2. — L'OPPORTUNITÉ DE LA RÉPRESSION ET LE CODE DE PROCÉDURE PÉNALE 231

310 — Absence de consécration expresse.

A) Le Code de procédure pénale et le principe de la liberté d'appréciation du ministère public 232

311 à 313 — Le ministère public garde la possibilité d'apprécier l'opportunité de la répression.

314 et 315 — Il reste sur ce point soumis aux exigences de la subordination hiérarchique.

316 — *B*) Le Code de procédure pénale et les applications du principe de la liberté d'action du ministère public 235

317 à 320 — 1° *Le ministère public et la correctionnalisation judiciaire* 235

321 et 322 — 2° *Le ministère public et l'abandon de la poursuite pour raison d'opportunité* 239

323 — Conclusion : portée pratique des textes du Code de procédure pénale sur ce point.

Conclusion. — LA POURSUITE REPRESSIVE DANS LE CODE DE PRODURE PENALE 242

324 à 327 — Défaveur du Code de procédure pénale pour l'absence de poursuite.

CONCLUSION

328 — Primauté ds problèmes relatifs à l'institution.

Section I. — *RAPPEL DES CRITIQUES QUE SOULEVE L'ACTUELLE CONCEPTION DU MINISTERE PUBLIC* 247

§ 1. — LA POSITION DE PRINCIPE 247

329 à 331 — Le ministère public n'est pas l'agent du pouvoir exécutif des tribunaux.

§ 2. — LES DÉTAILS DE L'ORGANISATION DU MINISTÈRE PUBLIC 248

332 à 334 — Rôle du Garde des sceaux et du procureur général près la Cour de cassation ; rapports des officiers du ministère public au sein d'un même parquet.

§ 3. — LE PROBLÈME PRATIQUE 250

335 à 338 — Impossibilité de confier à un même agent la garde de l'intérêt de la loi et de l'intérêt du gouvernement.

Section II. — *ELEMENTS D'UNE NOUVELLE CONCEPTION DU MINISTERE PUBLIC* 252

339 — Restauration du ministère public dans son rôle essentiel.

§ 1. — LE MINISTÈRE PUBLIC, ORGANE DE LA LOI 253

340 — Modifications de principes.

341 — Modifications statutaires.

342 à 346 — Modifications de la fonction.

§ 2. — LA REPRÉSENTATION DU GOUVERNEMENT AUPRÈS DES TRIBUNAUX 257

348 et 349 — Attributions en matière civile et en matière répressive.

350 — Attributions extra-judiciaires.

BIBLIOGRAPHIE 261

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS - 1119
Dépôt légal : 1er Trimestre 1967

Printed In France

IMPRIMERIE BOSC FRÈRES
42, quai Gailleton
LYON (2e)
N° 4043 - 1er Trimestre 1967